

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La clause de marché intérieur

Cruquenaire, Alexandre; Lazaro, Christophe

Published in:

Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A & Lazaro, C 2001, La clause de marché intérieur: clef de voûte de la directive sur le commerce électronique. Dans *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, Numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 41-94.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE II

LA CLAUSE DE MARCHÉ INTÉRIEUR : CLEF DE VOÛTE DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Alexandre CRUQUENAIRE, avec la collaboration de Christophe LAZARO

1. La directive sur le commerce électronique repose sur un double mécanisme. D'abord, elle contient une série de dispositions d'harmonisation relatives à certaines questions juridiques posées par le commerce électronique. Pour le surplus, la directive introduit une clause de marché intérieur en vertu de laquelle l'activité des prestataires de services de la société de l'information est, sauf exception, soumise à la seule législation du pays d'origine du prestataire.
2. Compte tenu de sa densité, il n'est tout d'abord pas inutile de rappeler le libellé de l'article 3 de la directive :

“1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.

2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.

3. Les §§ 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe.

4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au § 2 si les conditions suivantes sont remplies :

a) les mesures doivent être :

i) nécessaires pour une des raisons suivantes :

- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,
- la protection de la santé publique,

- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,
- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ;

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ;

iii) proportionnelles à ces objectifs ;

b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :

- demandé à l'État membre visé au § 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,
- notifié à la Commission et à l'État membre visé au § 1 son intention de prendre de telles mesures.

5. Les États membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au § 4, point b). Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'État membre visé au § 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'État membre estime qu'il y a urgence.

6. Sans préjudice de la faculté pour l'État membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question”.

3. Les principes exprimés dans cette disposition opposent les organisations de défense des intérêts des consommateurs aux représentants de l'industrie, qui y voient, pour les uns, une menace pour les droits des consommateurs internautes, pour les autres, un impératif pour le développement du commerce électronique¹.

¹ Voy. à ce propos l'avis C.C. 205 du Conseil de la Consommation (3 juin 1999), pt. 1.2., qui illustre particulièrement bien l'incompréhension des deux logiques. Sur les craintes formulées par les organismes de défense des intérêts des consommateurs, cf. BEUC, *Jurisdiction and applicable law on cross-border consumer contracts*, document daté du 8 octobre 1999, pages 7-8, disponible sur le site web du BEUC, à l'adresse <http://www.beuc.org/public/xfiles2000/x2000/x019e.pdf>.

4. Au-delà de ces polémiques pas toujours rationnelles et avant d'examiner la portée de l'article 3 de la directive, il convient de replacer cette disposition dans son contexte juridique.

L'article 3 de la directive ne constitue pas une nouveauté en droit communautaire.

On ne peut parler d'un marché unique décloisonné si les prestataires de services établis dans un État membre de l'Union européenne sont soumis à des contrôles nationaux lorsqu'ils veulent s'établir ou fournir des services dans d'autres États membres.

La technique du contrôle exclusif par l'État membre d'origine couplée à la reconnaissance mutuelle des contrôles a dès lors déjà été utilisée à diverses reprises en droit communautaire dérivé.

Ainsi, la réglementation des activités bancaires au sein du marché intérieur comporte-t-elle une série de références à cette technique, que cela soit, notamment, en matière d'agrément et de contrôle des établissements bancaires², de services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières³, ou encore de protection des dépôts⁴.

En matière d'agrément et de contrôle des entreprises d'assurances, le principe du contrôle par le pays d'origine prévaut également (*infra*, n° 117).

La directive "télévision sans frontière" prévoit elle aussi le contrôle exclusif par l'État membre d'origine de l'organisme de radiodiffusion⁵.

Sans être exhaustif, citons encore la directive sur la signature électronique⁶, qui recourt partiellement à ce mécanisme.

Si le mécanisme n'est pas neuf, il convient cependant d'observer que la clause de marché intérieur de la directive sur le commerce électronique présente une particularité importante en ce qui concerne la définition du champ d'application du principe du pays d'origine (*infra*, n° 99 à 109).

I. EXÉGÈSE DE L'ARTICLE 3, § 1^{ER}

5. L'article 3, § 1^{er}, énonce que "*Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné*".

² Voy. notamment W. WILMS, *De Europese regelgeving inzake banktoezicht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, pp. 95 et s.

³ Cf. B. FERON et H. WOUTERS, "La directive 93/22 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et son impact sur la loi du 4 décembre 1990", *Rev. prat. soc.*, 1994, pp. 226 et s. et pp. 234 et s.

⁴ Cf. W. WILMS, "Les succursales bancaires et les systèmes de protection des dépôts", in *Les succursales bancaires*, Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 61 et s.

⁵ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*, n° L 298, 17 oct. 1989, p. 23 (article 2, § 1^{er}). Cette directive a été modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, *J.O.C.E.*, n° L 202, 30 juill. 1997, p. 60.

⁶ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13, p. 12.

La *ratio legis* de l'article 3 est d'assurer un fonctionnement optimal du marché intérieur des services de la société de l'information, ce qui requiert, d'une part, un contrôle efficace de la légalité des activités des prestataires de services et, d'autre part, la libre circulation des services.

Selon le législateur européen, le contrôle doit être exercé "à la source" d'activité pour assurer son efficacité⁷. Le principe consacré à l'article 3, § 1^{er}, est donc bien d'enjoindre l'État membre d'origine à exercer un contrôle de légalité.

Se pose alors la question de savoir si ce contrôle :

- implique la compétence automatique des juridictions de l'État d'origine ;
- doit s'exercer sur la base de la législation du pays d'origine.

Un examen historique de l'évolution du texte de la proposition de directive rédigée par la Commission européenne vers le texte final de la directive permet de mieux cerner la portée de l'article 3, § 1^{er}, et de répondre à cette interrogation.

Sur base de cette analyse des travaux préparatoires et après avoir évalué les différentes interprétations généralement avancées, nous formulerons une proposition d'interprétation de l'article 3, § 1^{er}. Ensuite, nous aborderons le champ d'application du principe du pays d'origine.

A. Quelques éléments glanés dans les travaux préparatoires de la directive

6. La portée de l'article 3, § 1^{er}, ne s'est pas d'emblée dégagée de manière évidente, les travaux préparatoires révélant dans un premier temps les confusions et hésitations des différentes institutions communautaires.

7. Dans la première version de la proposition de directive, l'article 3, § 1^{er}, avait un libellé identique à celui de sa version finale. Plus intéressantes étaient les remarques préliminaires au texte proprement dit. En effet, il est précisé à propos de l'article 3 que cette disposition "a pour *objectif* de mettre en œuvre le principe de la libre circulation des services prévu à l'article 59 du Traité. Cette mise en œuvre repose, d'une part, sur la détermination de l'État membre responsable pour veiller à la légalité des activités d'un service de la société de l'information et, d'autre part, sur l'interdiction des autres États membres de restreindre la libre circulation de ces services. (...) Cette disposition n'a pas pour objet de se substituer à la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et à la convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence juridictionnelle *qui continuent à s'appliquer*⁸ (...) "⁹.

L'article 3 comportait en outre un troisième paragraphe, indiquant que "le § 1^{er} ne s'applique aux dispositions des articles 9, 10 et 11 que dans la mesure où la loi de l'État membre est applicable en

⁷ Cf. le considérant n° 22 : "Le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services (...)".

⁸ Souligné par nous.

⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, commentaire article par article, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, p. 22 (cité, en abrégé, "commentaire article par article" ou "exposé des motifs", avec indication de la page).

vertu de ses règles de droit international privé”. Ce paragraphe renvoyait donc explicitement aux règles conventionnelles de droit international privé.

Les considérants de cette première version du texte rappellent également que si le contrôle des services de la société de l’information doit se faire à la source de l’activité pour des raisons d’efficacité et si, pour assurer leur libre circulation, ces services doivent être soumis “au régime juridique de l’État membre dans lequel le prestataire est établi” (considérant n° 8), la directive “n’a pas pour objet d’établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de loi et de juridiction et est ainsi sans préjudice des conventions internationales y afférentes” (considérant n° 7).

8. Dans son rapport du 23 avril 1999 sur la proposition de directive, la commission juridique et des droits du citoyen du Parlement européen observe également à propos du principe du contrôle par l’État d’origine que “(...) les règles de droit international privé, notamment quant aux conflits de lois, continuent à s’appliquer pleinement. L’article 3 § 1 ne doit dès lors pas être lu comme désignant le droit du pays d’établissement du prestataire comme droit applicable à une relation entre un prestataire et un destinataire. La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles continue à s’appliquer”¹⁰. Le même rapport précisait cependant un peu plus loin, à propos du principe du pays d’origine, que “l’application de ce principe est impérative en matière de commerce électronique dans la mesure où un site web est automatiquement accessible dans les 15 États membres et, dans de nombreux cas, il est impossible d’exiger qu’il se conforme aux législations des 15 États membres. Le contraire constituerait un refus d’étendre les avantages du marché unique au commerce électronique (...)”¹¹. La position du Parlement était donc pour le moins ambiguë à ce stade de la procédure. Mais dans les amendements finalement adoptés en première lecture par le Parlement européen le 6 mai 1999, le considérant n° 7 fut quelque peu modifié, par la suppression de sa partie finale indiquant que le droit international privé conventionnel n’était pas affecté par le jeu du principe du pays d’origine¹². Cette suppression constitue un premier pas dans le sens d’une incidence de l’article 3, § 1^{er}, sur le droit international privé.

9. La proposition modifiée de directive présentée par la Commission européenne¹³ a repris la version antérieure du texte de l’article 3, § 1^{er}. Le considérant n° 7 a cependant été modifié par la Commission européenne qui, en dépit de l’amendement adopté par le Parlement européen, semble vouloir insister de manière explicite sur le fait que l’article 3, § 1^{er}, ne peut prévaloir sur les conventions internationales de droit international privé existantes¹⁴. Il s’agit là incontestablement d’un recul de la part de la Commission européenne.

10. La position commune du 28 février 2000 du Conseil n’apporte pas de modification à l’article 3, § 1^{er}, lui-même mais bien aux considérants y relatifs. Ainsi, les considérants 7 et 8 ont-ils été remaniés

¹⁰ Commission juridique et des droits des citoyens (Rapporteur C. M. ODDY), Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, *P.E. Doc.*, A4 – 248/99 du 23 avril 1999, p. 42.

¹¹ *Ibidem*, p. 53.

¹² Amendement 9 modifiant le considérant n° 7 dont le nouveau libellé est le suivant : “n’a pas pour objet d’établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de loi et de juridiction ~~et est ainsi sans préjudice des conventions internationales y afférentes~~”, *P.E. Doc.*, A4 – 248/99 du 23 avril 1999, p. 8.

¹³ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, 1^{er} sept. 1999, COM (1999) 427 Final.

¹⁴ Le considérant n° 7 était formulé comme suit : “considérant que la présente directive n’a pas pour objet d’établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de lois et de juridictions et ne se substitue pas aux conventions internationales y afférentes”.

et replacés en tant que considérants 22 et 23¹⁵. Ce remaniement va clairement dans le sens d'une incidence de l'article 3 sur les règles de droit international privé conventionnelles, comme le confirme par ailleurs la suppression de la disposition initialement contenue dans l'article 3, § 3, qui est remplacée par une disposition renvoyant aux dérogations stipulées en annexe¹⁶. La position commune introduit cependant, sans explication particulière, un article 1^{er}, § 4, qui dispose que "la présente directive n'établit pas de règle additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions". Si cette insertion semble à première vue compenser les autres amendements apportés au texte, les travaux préparatoires ultérieurs démentent cette interprétation.

11. Dans sa communication au Parlement concernant la position commune du Conseil, la Commission européenne souligne que le texte de l'ancien considérant n° 7 a été reformulé conformément aux remarques du Parlement européen, sa partie final ayant été abrogée. Un nouveau considérant n° 23 a été introduit en lieu et place, afin de préciser que la directive n'établit pas de nouvelle règle de droit international privé et que les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la directive¹⁷. La Commission souligne également la suppression de l'article 3, § 3, qui stipulait que l'article 3, § 1^{er}, ne portait pas préjudice aux règles de droit international privé conventionnelles. La Commission rappelle enfin que "(...) les services de la société de l'information sont normalement soumis au droit national de l'État membre où le prestataire est établi (...)".

12. Dans sa recommandation pour la deuxième lecture, la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen émet certaines observations qui sont essentielles pour une bonne compréhension de la portée de l'article 3, § 1^{er}. Elle relève ainsi que "sauf dans des domaines particuliers, pour lesquels des dérogations explicites sont prévues, la directive disposera que les services de la société de l'information sont normalement soumis au *droit national de l'État membre où le prestataire est établi* et que les autres États membres où ces services peuvent être reçus ne restreignent pas la libre prestation de services de la société de l'information. La directive appliquera donc le principe de la 'reconnaissance mutuelle' des réglementations nationales dans le 'domaine coordonné', à savoir les 'exigences applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information' " (souligné dans le texte). Elle dispose en outre, sous un titre "droit international privé", que "comme le demandait le Parlement, la position commune ne laisse plus de doute sur la primauté de la directive sur le droit international privé puisqu'elle prévoit que, même si cette directive ne constitue pas en tant que telle une règle

¹⁵ Le considérant n° 22 énonce que "le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général ; pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté ; pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services ; en outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information *doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi*" (souligné par nous). Le considérant n° 23 ajoute que "la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux ; les dispositions du droit applicable désigné par les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive".

¹⁶ Cette dernière disposition était initialement contenue dans l'article 22.

¹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa du traité CE concernant la position commune du Conseil concernant la proposition de directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), 29 février 2000, SEC (2000) 386 final, p. 4.

additionnelle de droit international privé, l'application de ce dernier ne doit pas avoir pour effet de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information telle que prévue dans la directive. L'article 3 s'applique en effet dans tous les domaines du droit national, y compris le droit privé (sauf pour les questions visées à l'annexe). Enfin, la position commune clarifie qu'elle ne traite pas de la compétence des tribunaux, l'article 3 ne traitant, en effet, que de la législation que doit respecter un service de la société de l'information"¹⁸.

B. Discussion des interprétations généralement avancées

13. Il est généralement admis que l'article 3, § 1^{er}, ne traite pas de la compétence des juridictions¹⁹. L'article 1^{er}, § 4, ne laisse en effet planer aucun doute à ce propos.

14. Pour une majorité d'observateurs, l'article 3, § 1^{er}, établit le principe de l'application de la loi du pays d'origine²⁰. Cette conclusion peut notamment s'appuyer sur les travaux préparatoires finaux (voy. *supra*, n° 87). Mais si cette opinion recueille la majorité des suffrages, la nature même de la disposition de l'article 3, § 1^{er}, est incertaine, ce qui est à l'origine de vives controverses théoriques.

15. Il semble tout d'abord qu'il faille écarter l'interprétation selon laquelle l'article 3, § 1^{er}, contiendrait une règle de droit international privé. Cette interprétation se heurte en effet à la lettre de l'article 1^{er}, § 4, de la directive qui énonce que celle-ci "n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions"²¹. En suivant cette interprétation de l'article 3, § 1^{er}, l'on se trouve face à deux textes apparemment contradictoires, dont l'un peut être qualifié de "clair". Il semble difficile d'admettre l'interprétation d'un texte équivoque (art. 3, § 1^{er}) dans un sens contrariant un texte clair (art. 1^{er}, § 4).

16. Pour tenter de réconcilier les articles 3, § 1^{er}, et 1, § 4, l'on pourrait distinguer, dans une deuxième interprétation, les règles d'applicabilité des règles de conflits de lois. La règle d'applicabilité est une règle qui accompagne des dispositions de droit matériel et qui en définit le champ d'application nonobstant toute disposition de droit étranger qui aurait pu être désignée en vertu d'une règle de conflit de lois²². La règle de conflit de lois (ou règle de rattachement) désigne pour sa part le droit applicable à une situation transfrontière²³. L'article 3, § 1^{er}, pourrait être vu comme une règle d'applicabilité, qui

¹⁸ Commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen, Recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), *P.E. Doc.*, A5 – 106/2000 du 12 avril 2000, p. 11.

¹⁹ Voy. notamment : A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, "La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet", *J.T.*, 2001, n° 6000, p. 137 ; S. FRANCO, "Internet : un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet", *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, pp. 64-67.

²⁰ Cf., par exemple, M. OLIVIER et A. CAPARROS, "Pays d'origine et consommateur électronique. Défense des intérêts des entreprises et des consommateurs européens", *Gaz. Pal.*, 1999, n° 321-322, pp. 7-8 (n.b. : interprétation basée sur la première version de la proposition de directive ; cf. *supra* sur l'évolution des dispositions connexes à l'article 3, § 1^{er}) ; E. CRABIT, "L'univers de la directive sur le commerce électronique", contribution au colloque *L'internet et le droit*, organisé les 25-26 septembre 2000 par l'Université de Paris I, pp. 4 et s. ; S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 57-58 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, p. 135.

²¹ Principe rappelé, pour autant que de besoin, au considérant n° 23 : "La présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux. Les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive".

²² Cf. F. RIGAUX, *Droit international privé*, Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Tome I, Théorie générale, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 274.

²³ F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 255.

imposerait pour toutes les questions entrant dans le domaine coordonné par la directive²⁴ de s'en référer à la loi du pays d'origine²⁵. Afin d'assurer la conformité de cette thèse avec l'article 1^{er}, § 4, il pourrait être soutenu que ce dernier ne vise que les règles de rattachement traditionnelles²⁶ et non les règles d'applicabilité. L'article 3, § 1^{er}, affecterait dès lors le droit international privé sans être à proprement parler une règle de droit international privé au sens où l'entendrait le législateur communautaire. Cette interprétation a notre préférence, même s'il convient de préciser que la portée de la disposition de l'article 3 va au-delà des seules règles de droit matériel contenues dans la directive. La correspondance avec une règle d'applicabilité n'est donc pas parfaite.

17. Au-delà de la possible conciliation des textes des articles 3, § 1^{er}, et 1, § 4, si l'on admet l'impact de l'article 3 sur le droit international privé, il convient d'envisager l'interaction entre l'article 3, § 1^{er}, et les règles de conflit de lois contenues dans la convention de Rome. L'article 20 de cette convention prévoit spécifiquement la primauté "des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes". Mais plusieurs difficultés pourraient surgir par rapport à l'application de cette règle de primauté du droit communautaire dérivé.

Il convient tout d'abord de rappeler que cette primauté relève du domaine de l'exception²⁷. Les États membres ont ainsi annexé une déclaration commune lors de la signature de la convention de Rome, dans laquelle ils invitent les institutions européennes, lorsqu'elles interviennent sur base des compétences découlant des traités les instituant, à s'efforcer "d'adopter des règles de conflit qui, *autant que possible*²⁸, soient en harmonie avec celles de la convention"²⁹. Le législateur communautaire doit donc tenir compte des règles générales de conflit de lois contenues dans la convention de Rome lorsqu'il édicte des règles de conflit applicables dans des domaines particuliers. Selon certains auteurs, toute dérogation aux règles générales contenues dans la convention de Rome doit faire apparaître clairement pour quelles raisons et dans quelle mesure elle s'en éloigne³⁰. Ces conditions sont-elles remplies en l'espèce ? Compte tenu du caractère obscur de l'article 3, § 1^{er}, il est permis de se montrer réservé à cet égard. Mais les objectifs poursuivis par le législateur communautaire nous semblent justifier pleinement une dérogation aux règles générales de la convention de Rome (*infra*, n° 93).

En outre, les États membres de la Communauté étant également individuellement signataires de la convention de Rome, ils doivent tenter de concilier autant que faire se peut leurs engagements communautaires et leurs engagements internationaux, ce qui implique que lors de la phase de transposition, l'interprétation des termes d'une directive "doit être guidée par un principe de conciliation de ces dispositions et des règles conventionnelles"³¹.

²⁴ Défini à l'article 2, h.

²⁵ En ce sens, E. CRABIT, "L'univers de la directive sur le commerce électronique", *op. cit.* ; S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 64-67 (qui limite cependant la portée de cette règle aux seules questions harmonisées par la directive).

²⁶ En ce sens, S. FRANCO, *op. cit.*, p. 66.

²⁷ Le principe étant l'application des règles de la Convention de Rome.

²⁸ Souligné par nous.

²⁹ J.O.C.E., n° L 266/1980, p. 14.

³⁰ En ce sens, voy. E. JAYME et C. KOHLER, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1995, p. 15.

³¹ *Ibidem*, p. 16. Cf. également l'avis du Groupe européen de droit international privé, selon lequel "l'adoption d'actes communautaires et leur transposition éventuelle dans les droits nationaux des États membres doit tendre à préserver la cohérence de ces actes avec les dispositions correspondantes de ces conventions [de Bruxelles et de Rome], en vue de leur unité fonctionnelle" ("Conclusions concernant l'interaction du droit communautaire dérivé et des conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Rome du 19 juin 1980", notamment publiées in *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1995, pp. 39-40).

De surcroît, il n'est pas certain que les conditions permettant de déroger aux règles générales de la convention de Rome soient remplies si la disposition de l'article 3, § 1^{er}, n'est pas considérée comme une règle de conflit de lois.

En effet, dans la mesure où l'article 20 réservant la primauté du droit communautaire vise explicitement les dispositions de celui-ci "*qui règlent les conflits de lois*"³² en matière d'obligations contractuelles"³³, l'application de cette faculté de dérogation à des règles qui se revendiqueraient expressément d'une autre catégorie de normes semble *a priori* douteuse compte tenu du principe – bien établi – de l'interprétation restrictive de la portée des dérogations à un principe général.

Mais ce dernier argument devrait pouvoir être écarté aisément. Certes, l'article 3, § 1^{er}, ne serait pas une règle de conflit de lois à part entière et prendrait plutôt la forme d'une règle de marché intérieur. Mais cette règle de marché intérieur, en vue d'assurer une libre circulation effective des services de la société de l'information, prescrit l'application de la seule loi du pays d'origine à des situations transfrontières de fourniture de services à partir d'un des États membres à destination des quatorze autres.

Dans cette mesure, il est indéniable que, quel que soit l'habit qu'elle revêt, la disposition de l'article 3, § 1^{er}, règle le conflit de lois qui se poserait en principe en postulant l'application de la seule loi du pays sur le territoire duquel le prestataire concerné est établi (pays d'origine). L'argument ne nous paraît dès lors nullement décisif.

18. Une troisième interprétation possible consisterait à ne voir dans l'article 3, § 1^{er}, qu'une injonction à l'État membre sur le territoire duquel est établi³⁴ le prestataire de services d'exercer un contrôle de légalité des activités de celui-ci, ce contrôle étant effectué par rapport aux "dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné". Il ne faudrait point y lire un renvoi automatique à la *loi* du pays d'origine, mais plutôt un renvoi au *droit* de ce pays, ce qui est différent. En effet, le droit du pays d'origine comprend des règles de droit matériel et des règles de droit international privé (conventions de Rome et de Bruxelles notamment) qui permettront de déterminer le tribunal compétent et la loi applicable.

Cette interprétation présente l'avantage d'une conformité certaine avec l'article 1^{er}, § 4. Elle pourrait, dans une certaine mesure, s'appuyer sur la définition du domaine coordonné énoncée à l'article 2, h de la directive, qui se réfère expressément aux "systèmes juridiques" des États membres, ce qui semble permettre une inclusion des règles de droit international privé dans le champ des règles auxquelles il serait fait référence à l'article 3, § 1^{er}.

La modification de la définition du domaine coordonné va toutefois dans le sens d'un renvoi au seul droit matériel de l'État d'origine. Initialement, le domaine coordonné était défini comme "les exigences applicables aux prestataires des services de la société de l'information et aux services de la société de l'information" (art. 2, f)³⁵. Dans la position commune du Conseil, le domaine coordonné est défini

³² Souligné par nous.

³³ Le rapport Giuliano-Lagarde indique à propos de l'article 20 de la convention de Rome que "les dispositions communautaires qui ont priorité sur la convention sont celles qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles" (M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.C.E.*, n° C 282, 31 oct. 1980, pp. 1-50).

³⁴ Au sens de l'article 2, c, de la directive.

³⁵ Commentaire article par article, p. 44.

comme “les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l’information ou aux services de la société de l’information, qu’elles revêtent un caractère général ou qu’elles aient été spécifiquement conçues pour eux” (art. 2, h)³⁶. La référence à des règles générales ou spécifiquement conçues pour les services de la société de l’information semble plutôt liée à des règles matérielles qu’à des règles de conflit de lois. De surcroît, les domaines auxquels se rapportent les exigences concernées indiquent de manière indubitable que ce sont bien des règles de droit matériel qui sont visées par l’article 2, h (voy. *infra*, n° 99).

Cette interprétation ignore les suppressions de l’article 3, § 3, et de la partie finale du considérant n° 7, qui vont pourtant nettement dans le sens d’une incidence de l’article 3, § 1^{er}, sur les règles conventionnelles de droit international privé.

En outre, cette interprétation vide l’article 3, § 1^{er}, de toute substance. En effet, celui-ci se limiterait alors à rappeler des principes consacrés par le droit communautaire primaire et à insister sur l’importance du rôle de l’État d’origine³⁷. Cette interprétation de l’article 3, § 1^{er}, ne nous semble pas cohérente avec les travaux préparatoires, et en particulier avec la position commune du Conseil et les observations émises devant le Parlement dans les recommandations pour la deuxième lecture, qui mettent nettement en lumière l’impact de la clause de marché intérieur sur le droit international privé (voy. *supra*, n°s 85 à 87).

Les objectifs poursuivis par la directive ne pourraient être réalisés si la portée de l’article 3, § 1^{er}, était ainsi réduite à sa plus simple expression. Or, la Cour de justice insiste sur l’importance des objectifs poursuivis dans l’interprétation des dispositions équivoques d’une directive³⁸.

L’initiative législative européenne en matière de commerce électronique poursuit principalement deux objectifs³⁹ : d’une part, créer une confiance durable des milieux d’affaires et des consommateurs vis-à-vis du commerce électronique et, d’autre part, assurer aux utilisateurs du commerce électronique le libre accès au marché unique.

Pour atteindre ces deux objectifs, le législateur a estimé que la mise en place d’un cadre juridique cohérent basé sur le principe du contrôle par le pays d’origine s’imposait.

Afin de décloisonner le marché intérieur des services de la société de l’information, il convenait de lever les incertitudes affectant le cadre juridique existant, dans la mesure où ces incertitudes imposaient aux opérateurs désireux de se lancer dans le commerce électronique d’importants investissements en termes d’évaluation juridique de l’activité envisagée au regard des droits des différents États membres⁴⁰.

³⁶ La version finale de l’article 2, h, éclaire la définition “à l’aide d’une description plus détaillée et d’exemples des exigences couvertes ou non par cette définition” (SEC (2000) 386 Final, *op. cit.*, p. 10).

³⁷ Même si le considérant n° 22 semble toutefois indiquer l’importance qu’accorde le législateur communautaire au rappel de cette responsabilité de l’État d’origine.

³⁸ Cf. notamment CJCE, 15 mai 1997, aff. *Textilwerke Deggendorf*, C-355/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-2549, pt. 21.

³⁹ “Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique”, Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, 15 avril 1997, COM (1997) 157 Final, pp. 21-23.

⁴⁰ Exposé des motifs, pp. 7-10.

La détermination d'un régime juridique applicable pour toutes les activités exercées sur le marché unique que représente le territoire communautaire⁴¹ constitue indiscutablement un élément clé pour atteindre ces objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique.

Nier la primauté de la clause de marché intérieur sur les règles conventionnelles de droit international privé irait à l'encontre de la réalisation de ces objectifs.

Enfin, les dérogations contenues dans l'annexe n'ont plus aucun intérêt si l'on considère que l'article 3, § 1^{er}, n'affecte pas le droit international privé. En effet, le législateur communautaire n'avait aucune raison d'écarter l'application de l'article 3, § 1^{er}, dans les hypothèses de contrats conclus avec les consommateurs et lorsque les parties à un contrat ont désigné la loi applicable à leurs relations contractuelles si l'article 3, § 1^{er}, ne dérogeait pas lui-même aux règles conventionnelles de droit international privé. L'insertion de ces exceptions démontre bien que le législateur a voulu préserver les principes régissant les conflits de lois dans ces deux cas spécifiques⁴². L'impact de l'article 3, § 1^{er}, sur le droit international privé est par conséquent incontestable.

C. Proposition d'interprétation

19. Au-delà des controverses théoriques entourant la nature de la disposition de l'article 3, § 1^{er}, l'interprétation qui semble la plus fidèle à la volonté du législateur consiste à considérer que cette disposition impose le contrôle des services de la société de l'information par le pays d'origine, en application de sa législation nationale pour toutes les questions relevant du domaine coordonné⁴³.

20. Des arguments de poids plaident en faveur de cette approche (voy. *supra*, n° 87).

Ainsi, cette interprétation nous semble s'imposer au nom de la cohérence du dispositif de la directive. Les exceptions contenues dans l'annexe deviendraient inutiles si l'article 3, § 1^{er}, n'affectait pas les règles de conflit de lois⁴⁴. En outre, la définition du domaine coordonné (art. 2, h) ne trouverait pas sa place dans un tel contexte.

Les travaux préparatoires confirment l'impact de cette disposition sur le règlement du conflit de lois, même si elle ne constitue pas en elle-même une règle de conflit de lois (voy. *supra*, n° 81 à 87). Ils permettent d'éclairer la portée de l'article 1^{er}, § 4, de la directive, qui semble, à première vue, en contradiction avec cette interprétation. Ainsi, selon E. CRABIT, si l'ajout de l'article 1^{er}, § 4, s'explique par des raisons politiques et par la différence de nature entre la disposition de l'article 3, § 1^{er}, et les

⁴¹ Sous réserve des activités ne relevant pas du champ d'application de la clause de marché intérieur.

⁴² Cf. considérant n° 55 : "La présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle". Voy. également le considérant n° 56 : "En ce qui concerne la dérogation prévue par la présente directive pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs, celles-ci doivent être interprétées comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter".

⁴³ La question de la nature de cette disposition ne présente pas un grand intérêt pratique.

⁴⁴ En ce qui concerne la dérogation relative aux contrats conclus avec les consommateurs, rappelons le considérant n° 55, qui précise que "la présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs". *A contrario*, cela confirme l'impact de l'article 3 sur les règles de conflit de lois.

règles traditionnelles de conflit de lois, en aucun cas il ne peut être vu comme indiquant que l'article 3 n'affecte pas l'application du droit international privé⁴⁵.

Sur un plan plus pratique et afin de conférer au texte de la directive un maximum d'efficacité, cette interprétation offre d'intéressantes perspectives pour le développement d'un véritable marché européen décloisonné des services de la société de l'information, ce qui, en fin de compte, constitue l'objectif majeur de la directive⁴⁶.

21. Les travaux de transposition de certains États membres vont dans ce sens.

Ainsi, la loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique⁴⁷ précise, en son article 2, § 4, que "la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat".

En France, l'article 18, § 2, du projet de loi sur la société de l'information⁴⁸ stipule notamment que "la fourniture de biens ou la prestation de services mentionnés à l'article 17 est soumise à la loi de l'État membre où est établie la personne qui les propose ou les assure, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services".

22. Enfin, la Direction Générale Marché Intérieur de la Commission européenne soutient avec force cette interprétation de l'article 3, § 1^{er}, de la directive. Dans sa récente communication sur le commerce électronique et les services financiers, la Commission insiste sur l'importance de la clause dite de marché intérieur qui "permet aux prestataires de services de la société de l'information de proposer leurs services dans toute l'Union sur la base des règles et règlements appliqués par l'État membre dans lequel ils sont établis (le pays d'origine)"⁴⁹. Cette opinion constitue un élément de poids, dans la mesure où c'est cette même Direction Générale qui est à l'origine de la directive et qui, *in fine*, en contrôlera la juste transposition⁵⁰.

23. L'approche de la directive est donc clairement orientée vers le décloisonnement du marché intérieur. L'application de principe de la loi du pays d'origine qui en découle peut cependant soulever des difficultés non négligeables pour le destinataire de services, sur qui repose la contrainte de prendre connaissance du contenu d'un droit étranger. Le problème est bien réel compte tenu de la portée très

⁴⁵ E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 798-799. En ce sens, le même auteur rappelle la suppression des considérants précisant que la directive est sans préjudice des règles de droit international privé ou ne les affecte pas (*ibidem*, p. 803).

⁴⁶ Cf. ainsi les considérants n° 1 ("le développement des services de la société de l'information dans l'espace sans frontières intérieures est un moyen essentiel pour éliminer les barrières qui divisent les peuples européens") et n° 3 ("la présente directive a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information").

⁴⁷ Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et services autres que les services financiers, *Mémorial*, 8 septembre 2000, p. 2176.

⁴⁸ Approuvé par le conseil des Ministres le 13 juin 2001. Disponible sur le site web du Ministère français de l'Industrie, à l'adresse <http://www.lsi.industrie.gouv.fr/observat/innov/lsi/index.htm>.

⁴⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le commerce électronique et les services financiers, COM (2001) 66 Final, p. 7.

⁵⁰ Observons cependant que la décision d'initier une procédure en manquement est une décision politique de la Commission qui ne peut être prise par la DG Marché Intérieur seule.

large du principe (*infra*, n° 99). Il convient toutefois de le relativiser compte tenu des différentes dérogations qui affectent la clause de marché intérieur. Ainsi, celle-ci ne s'applique pas aux obligations contractuelles dans les contrats conclus avec les consommateurs (*infra*, n°s 121 et s.). En outre, il convient de rappeler le caractère supplétif de cette clause de marché intérieur (*infra*, n° 119).

D. Champ d'application du principe du pays d'origine

24. L'article 3, § 1^{er}, renvoie aux dispositions nationales applicables dans l'État membre d'origine "relevant du domaine coordonné". Le champ d'application du principe du pays d'origine doit dès lors être déterminé sur base de la définition du "domaine coordonné".

Selon l'article 2, h, il faut entendre par domaine coordonné :

"les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux.

i) Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification,*
- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.*

ii) Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que :

- les exigences applicables aux biens en tant que tels,*
- les exigences applicables à la livraison de biens,*
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique".*

25. Dans l'optique du législateur communautaire, la portée du domaine coordonné doit être aussi large que possible, afin de garantir un contrôle efficace des activités des prestataires de services de la société de l'information (au-delà des seules règles harmonisées par la directive) ainsi qu'une circulation véritablement libre des services de la société de l'information, en évitant que les États de destination puissent invoquer leurs dispositions nationales sur des questions n'ayant pas été traitées dans la directive mais qui intéresseraient néanmoins les activités des prestataires des services de la société de l'information⁵¹.

26. La définition du domaine coordonné vise toutes les exigences générales ou spécifiques applicables à l'accès et à l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, ce qui va au-delà des seules questions harmonisées par la directive. L'énumération exemplative contenue à l'article 2, h, i),

⁵¹ En ce sens, E. CRABIT, "L'univers de la directive sur le commerce électronique", *op. cit.*, p. 9.

l'indique clairement. En d'autres termes, c'est bien l'ensemble du droit matériel opposable à un prestataire pour son activité en ligne qui est visé⁵².

27. Ce champ d'application étendu constitue incontestablement une particularité marquante du mécanisme de la clause de marché intérieur de la directive.

En effet, il est généralement considéré que l'imposition de ce type de clause requiert un degré suffisant d'harmonisation des différents droits nationaux des États membres⁵³. Le champ d'application de ces clauses est donc logiquement confiné aux questions harmonisées par l'instrument communautaire qui les contient⁵⁴.

28. La réglementation des services de la société de l'information est-elle suffisamment harmonisée au niveau communautaire ?

La directive sur le commerce électronique constitue indéniablement une avancée capitale dans l'harmonisation des règles spécifiques aux services de la société de l'information. Selon les considérants, le législateur européen estime que la directive permet d'atteindre un "niveau élevé d'intégration communautaire"⁵⁵ sur "certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur"⁵⁶. La directive crée donc un cadre juridique permettant d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information.

29. Le choix du législateur communautaire en faveur d'une définition très large du domaine coordonné peut dès lors aisément s'expliquer. Compte tenu de l'objet limité de la directive⁵⁷, il n'était évidemment pas question d'adopter des dispositions afférentes aux activités ne pouvant être considérées comme des services de la société de l'information. Mais il était par ailleurs tout aussi évident que des dispositions régissant des activités de type "traditionnel" pourraient s'appliquer de manière incidente à certains services de la société de l'information présentant un lien plus ou moins étroit avec les dites activités⁵⁸. Les divergences entre les législations nationales régissant des activités traditionnelles risquaient dès lors de réduire à néant les avantages découlant de l'œuvre de coordination communautaire portée par la directive et de constituer un obstacle au développement du commerce électronique lié à ces activités. Les incertitudes affectant le règlement des conflits de lois pouvaient en outre accentuer cette crainte.

Il convenait donc de mettre sur pied un régime permettant de limiter autant que faire se peut les obstacles à l'usage du commerce électronique par les opérateurs économiques existants.

Compte tenu de l'impossibilité de soustraire les services de la société de l'information à l'application de toute règle juridique de droit commun, le législateur européen a choisi le mécanisme de la clause de

⁵² *Ibidem*. Cf. également le considérant n° 21. *Contra*, S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 66-67 (qui estime que la règle du pays d'origine ne s'applique qu'aux questions harmonisées par la directive). Cette dernière position est cependant difficilement conciliable avec l'énumération contenue dans l'article 2, h.

⁵³ Cf. notamment J. DUMORTIER, "Elektronische handel en consumentenbescherming in de Europese ontwerpverplichting en het Belgisch recht", *Computerrecht*, 1999/3, p. 127.

⁵⁴ Cf. la directive sur la signature électronique, article 4, qui limite les effets de sa clause de marché intérieur (*op. cit.*).

⁵⁵ Considérant n° 4.

⁵⁶ Considérant n° 6.

⁵⁷ Harmonisation de certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

⁵⁸ Tel est le cas, par exemple, d'un site web assurant la promotion des activités d'un fabricant d'aspirateurs, d'un site web permettant d'acquérir en ligne une montre, etc.

marché intérieur, pour tous les aspects juridiques afférents à l'activité consistant à fournir des services de la société de l'information, en ce compris les aspects non harmonisés par la directive.

30.L'avantage de cette technique est de permettre aux opérateurs économiques de développer des activités en ligne sans obstacle juridique majeur. En effet, si l'activité économique traditionnelle est conforme à la législation du pays d'origine, il est possible d'étendre cette activité par l'usage du commerce électronique sans contrainte juridique supplémentaire, dans la mesure où l'activité en ligne sera en principe régie par le seul droit matériel du pays d'origine.

31.Si ce choix législatif s'imposait en vue d'assurer une libre circulation effective des services de la société de l'information, il n'est pas exempt de dangers. Il pourrait ainsi être à l'origine d'une concurrence réglementaire entre États membres sur les questions non harmonisées par la directive. En effet, par le jeu de la clause de marché intérieur, les prestataires bénéficient de l'application communautaire de la législation nationale de leur État membre d'établissement. La concurrence qui en résultera pourrait amener les États membres à s'aligner sur les exigences réglementaires les moins contraignantes pour les prestataires de services, afin d'éviter que certains États membres ne puissent offrir aux opérateurs économiques une législation substantiellement plus permissive et, partant, n'influencent les éventuels choix d'établissement en leur faveur.

32.L'article 2, h, ii, précise enfin que le domaine coordonné ne comprend pas :

- “ - *les exigences applicables aux biens en tant que tels,*
- *les exigences applicables à la livraison de biens,*
- *les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique.*”

Si le domaine coordonné doit être entendu de manière large, il ne concerne toutefois que les activités en ligne du prestataire de services de la société de l'information. Les exigences relatives aux biens en tant que tels, à leur livraison ou aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique sont exclues de son champ d'application⁵⁹. Cette exclusion est la conséquence logique de l'objet de la directive qui est d'établir un cadre juridique pour la libre circulation des *services de la société de l'information*. Dans la mesure où la définition de ces services ne couvre pas ces éléments, il s'imposait de les écarter de la clause de marché intérieur. Cette définition permet d'ailleurs à elle seule d'exclure du champ d'application de la directive les activités qui ne s'exercent pas en ligne⁶⁰. Le rappel de cette exclusion à l'article 2, h, n'était dès lors pas indispensable.

⁵⁹ Cf. le considérant n° 21 qui précise que “(...) le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne et ne concerne pas les exigences juridiques des États membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits, ni les exigences des États membres relatives à la livraison ou au transport de biens, y compris la distribution de médicaments. Le domaine coordonné ne couvre pas l'exercice du droit de préemption par les pouvoirs publics concernant certains biens tels que les œuvres d'art”.

⁶⁰ Cf. notamment le considérant n° 18.

Ainsi, par exemple, en ce qui concerne un service de la société de l'information consistant en la vente, via un site web, de places de cinéma, une éventuelle réglementation de la vente des tickets de cinéma pourrait faire partie du domaine coordonné, au contraire des règles relatives à la sécurité des salles de cinéma⁶¹.

33. Sous l'empire de la clause de marché intérieur de la directive, le régime juridique applicable à la fourniture d'un service sera donc déterminé par le mode de fourniture du service : selon qu'il sera complètement, partiellement ou pas du tout fourni en ligne, la règle du pays d'origine sortira ou non ses effets.

Si l'on envisage un service consistant à rechercher et vendre des informations spécialisées, différentes modalités de fourniture sont envisageables et conditionnent le régime juridique applicable.

Ainsi, si le service consiste en la mise à disposition du public, via un site web, d'une base de données interactive, consultable en ligne, l'ensemble de l'activité se fera en ligne et sera dès lors régi par la loi de l'État membre d'origine du prestataire, en vertu de la clause de marché intérieur.

Par contre, si le prestataire offre ses services via son site web, par l'intermédiaire duquel des commandes peuvent être passées, mais que la base de données est ensuite envoyée par courrier ordinaire sur un support de type CD-Rom, la situation sera quelque peu différente. Dans ce dernier cas, la promotion du service et la conclusion du contrat se font en ligne et seront régies, en vertu de la clause de marché intérieur, par la loi de l'État membre d'origine du prestataire. La fourniture du service proprement dite est quant à elle effectuée hors ligne et n'est donc pas couverte par la clause de marché intérieur. Le droit commun, et en particulier la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, s'applique donc pour déterminer la loi régissant la situation. En vertu de l'article 4 de cette convention, la fourniture du service sera régie par la loi du pays où est établie la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat, c'est-à-dire la loi du pays d'établissement du prestataire dans le cas présent. L'ensemble de la situation sera, en fin de compte, régi par la loi du pays d'établissement du prestataire, mais en vertu de deux dispositions différentes.

Les services qui ne sont que partiellement fournis en ligne (services dits "hybrides") seront donc soumis à un double régime⁶². La directive n'apporte pas de solution uniforme à de telles situations car son objet est d'harmoniser certains aspects juridiques relatifs aux services de la société de l'information. La branche "hors ligne" des services "hybrides" ne pouvait dès lors être couverte par les dispositions de la directive.

34. Enfin, il importe de préciser que le principe du pays d'origine ne s'applique que dans les relations entre États membres. Dans l'hypothèse de services de la société de l'information dont le pays d'origine ne serait pas membre de la Communauté, la règle de l'article 3, § 1^{er}, n'est pas applicable et il sera donc renvoyé au droit international privé pour déterminer la loi applicable (voy. *infra* à propos des exceptions à l'article 3, § 1^{er}).

⁶¹ Pour une analyse plus approfondie de la définition du service fourni par voie électronique et sur la réglementation des services hybrides, voy. *supra* n^{os} 3 et s.

⁶² Même si en pratique, dans bien des cas, la convention de Rome conduit à l'application de la loi du pays d'établissement du prestataire de services.

II. EXÉGÈSE DE L'ARTICLE 3, §§ 2 À 6

35. Le deuxième paragraphe de l'article 3 réaffirme le principe de la libre circulation des services (de la société de l'information). La règle du pays d'origine (art. 3, § 1^{er}) est en quelque sorte un corollaire de la règle de la libre circulation. Aux yeux de la Commission, la libre circulation effective repose sur le principe de la reconnaissance mutuelle des contrôles effectués par les États d'origine sur base de leur législation nationale. L'article 3, § 2, ne fait que répéter dans le contexte particulier du commerce électronique le principe contenu dans l'article 49 du Traité.

36. Deux types de dérogations au principe sont permises : d'une part, les dérogations générales prévues à l'annexe (à laquelle renvoie l'article 3, § 3) et, d'autre part, les dérogations particulières rendues possibles en vertu des §§ 4 à 6.

A. Dérogations générales : l'annexe

37. En ce qui concerne les dérogations générales à la clause de marché intérieur, il convient de préciser à titre préliminaire que le juge devra en tout état de cause contrôler la conformité de la loi déclarée applicable en vertu des règles générales de droit international privé avec le droit communautaire⁶³. Selon R. STEENNOT, cela implique que les éventuelles restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information devront être jaugées au regard des conditions strictes définies à l'article 3, § 4 (*infra*, n° 157)⁶⁴. Il convient de nuancer quelque peu ce point de vue car, dans la logique de la directive, l'article 3, § 4, ne concerne que les dérogations spécifiques, c'est-à-dire les dérogations dans des hypothèses où la clause de marché intérieur s'applique en principe. Tel n'est pas le cas des domaines visés dans l'annexe. Même s'ils sont identiques, ce n'est donc pas tant au regard des critères de l'article 3, § 4, mais plutôt en fonction des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice que sera évaluée la conformité avec le droit communautaire de l'éventuelle restriction à la libre circulation.

Par ailleurs, peut-on parler de restriction à la libre circulation des services lorsque la loi applicable est désignée en fonction de la volonté (explicite ou implicite) des parties ? Selon R. STEENNOT, le juge ne devrait contrôler l'existence et la légalité d'une restriction éventuelle à la libre circulation que dans les hypothèses où la loi du pays de destination du service régit la situation de manière impérative, soit lorsque le juge l'appliquerait en vertu des articles 7 (lois de police) ou 16 (exception d'ordre public) de la convention de Rome⁶⁵.

38. L'article 3, § 3, énonce que les §§ 1^{er} et 2 de l'article 3 (principe du pays d'origine et interdiction de toute mesure restrictive de la libre circulation des services de la société de l'information provenant d'un autre État membre) ne sont pas applicables aux domaines visés dans l'annexe.

L'annexe renvoie ainsi à huit domaines spécifiques :

⁶³ En ce sens, E. CRABIT, "L'univers de la directive sur le commerce électronique" *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ R. STEENNOT, "Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middelen Internet gesloten (consumenten)overeenkomsten", *D.A./O.R.*, 2000, n° 55, pp. 199-200. Cf. également le considérant n° 23 de la directive qui précise notamment que "les dispositions du droit applicable désigné par les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive".

⁶⁵ R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 199.

- les droits de propriété intellectuelle (*infra*, n° 114) ;
- l'émission de monnaie électronique par des institutions couvertes par une dérogation prévue à l'article 8, § 1^{er}, de la directive 2000/46/CE (*infra*, n° 115) ;
- la publicité afférente à la commercialisation des parts des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (*infra*, n° 116) ;
- les assurances, dans la mesure où les directives harmonisant ce secteur ont établi des règles spécifiques concernant la reconnaissance des agréments et également concernant les conflits de lois (*infra*, n° 117) ;
- la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits réels sur un bien immobilier, dans la mesure où des exigences formelles impératives sont imposées par le droit de l'Etat membre où est situé le bien concerné (*infra*, n° 118) ;
- l'autorisation de l'envoi de communications commerciales non sollicitées par courrier électronique (*infra*, n° 272) ;
- les contrats, dans la mesure où les parties conviennent de déroger à l'application de la clause de marché intérieur (*infra*, n° 119) ;
- les obligations contractuelles dans les contrats conclus avec les consommateurs (*infra*, n° 120 à 129).

39. La clause de marché intérieur est écartée en matière de propriété intellectuelle en général⁶⁶. Les questions de droit international privé y sont très sensibles et la décision du législateur européen de ne pas imposer l'application de la clause de marché intérieur est compréhensible. Dans la mesure où l'exploitation des droits de propriété intellectuelle est souvent envisagée à une échelle dépassant le seul territoire communautaire, il n'aurait pas été cohérent d'édicter un niveau supplémentaire de règles de conflit de lois au niveau de la Communauté. Ainsi, en matière de droit d'auteur et de droits voisins, les règles (très controversées) de droit international privé de référence ont été édictées à un niveau supracommunautaire, sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques⁶⁷) ou de l'Organisation Mondiale du Commerce (accord ADPIC⁶⁸, spéc. article 9 se référant à la convention de Berne)⁶⁹. La modification des règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle, notamment dans le contexte de l'internet, fait l'objet de vifs débats⁷⁰. Une initiative communautaire aurait été difficile à défendre sur le plan politique, ce qui explique la sage retenue du législateur européen.

40. L'article 3 de la directive n'est pas applicable en matière d'émission de monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les États membres auront appliqué une des dérogations prévues à

⁶⁶ L'annexe se réfère au droit d'auteur et aux droits voisins, aux droits découlant de la directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (*J.O.C.E.*, n° L 24 du 27 janvier 1987, p. 36), au droit *sui generis* institué par la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (*J.O.C.E.*, n° L 77 du 27 mars 1996, p. 20), ainsi qu'aux droits de propriété industrielle au sens large (brevets, marques, dessins et modèles).

⁶⁷ Dont la dernière version, de 1971, a été ratifiée par la Belgique par une loi du 25 mars 1999, *M.B.*, 10 novembre 1999.

⁶⁸ Le texte de l'accord est disponible sur le site web de l'OMC, à l'adresse suivante : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf (dernière consultation en date du 20 février 2001).

⁶⁹ Sur les règles de droit international privé en droit d'auteur, cf. A. CRUQUENAIRE, "La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives", *A.&M.*, 2000/3, pp. 210-227.

⁷⁰ L'OMPI a ainsi organisé les 30 et 31 janvier derniers une conférence internationale sur *le droit international privé et la propriété intellectuelle*. Les actes de cette conférence sont disponibles sur le site de l'OMPI, à l'adresse <http://www.wipo.org>.

l'article 8, § 1^{er}, de la directive relative à la monnaie électronique⁷¹. Cette dérogation à la clause de marché intérieur de l'article 3 est logique car la directive relative à la monnaie électronique permet l'exemption d'établissements de monnaie électronique de tout ou partie des dispositions de la directive ainsi que des obligations découlant de la directive sur les établissements de crédit⁷². Ce dernier instrument prévoit précisément une clause de marché intérieur en vertu de laquelle les activités d'un établissement de crédit agréé et contrôlé par un État membre (État membre d'origine) peuvent être librement exercées dans les autres États membres tant par voie d'établissement de succursales (liberté d'établissement) que par voie de prestation de services (libre circulation des services)⁷³. Mais l'article 8, § 2, de la directive monnaie électronique stipule que, en cas d'exemption accordée conformément à l'article 8, § 1^{er}, il sera dérogé au régime de reconnaissance mutuelle instauré par la directive sur les établissements de crédit. Dans la mesure où ces instruments prévoient un régime de reconnaissance mutuelle assorti d'une faculté de dérogation, il était logique qu'un instrument général tel que la directive sur le commerce électronique respecte ce régime spécifique.

41. En vue d'assurer une libre circulation entre les États membres des parts des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), la directive 85/611/CEE⁷⁴ coordonnant les dispositions applicables en la matière comporte une clause de marché intérieur dont les effets sont limités aux aspects harmonisés par la directive. L'article 44, § 2, de cette directive précise ainsi que "tout OPCVM peut faire de la publicité dans l'État membre de commercialisation. Il doit respecter les dispositions régissant la publicité dans cet État"⁷⁵. Le législateur européen a veillé à ne pas porter atteinte à la cohérence de ce régime spécifique dans le cadre du régime plus transversal de la directive sur le commerce électronique. La clause de marché intérieur est donc écartée ici également.

42. En matière d'assurances également, le législateur communautaire a réalisé une harmonisation minimale, "(...) nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'État membre d'origine"⁷⁶. L'article 5 de cette directive prévoit ainsi que l'agrément obtenu dans l'État membre d'origine est valable pour l'ensemble de la Communauté et permet à l'entreprise titulaire d'y exercer ses activités, que ce soit en régime de libre établissement ou de libre prestation de services. Des mesures spécifiques (de notification notamment) sont néanmoins prévues afin d'encadrer ce système de reconnaissance

⁷¹ Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *J.O.C.E.*, n° L 275, 27 octobre 2000, p. 39.

⁷² Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O.C.E.*, n° L 126, 26 mai 2000, p. 1.

⁷³ Article 18 de la directive 2000/12/CE, précitée. Cf. également les articles 22, 26 et 27 concernant les pouvoirs respectifs des pays d'origine et d'accueil.

⁷⁴ Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières, *J.O.C.E.*, n° L 375, 31 décembre 1985, p. 3.

⁷⁵ Cf. également le considérant n° 5, qui précise que l'application des règles communes minimales établies par la directive "constitue une garantie suffisante pour permettre (...) aux organismes de placement collectif situés dans un État membre de commercialiser leurs parts dans les autres États membres sans que ces derniers puissent soumettre ces organismes ou leurs parts à quelque disposition que ce soit, sauf celles qui, dans ces États, ne relèvent pas des domaines régis par la présente directive (...)".

⁷⁶ Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive "assurance non vie"), *J.O.C.E.*, n° L 228, 11 août 1992, p. 1, considérant n° 5.

mutuelle, compte tenu des particularités de l'activité concernée⁷⁷. Par ailleurs, les directives 88/357/CEE (art. 7 et 8)⁷⁸ et 90/619/CEE (art. 4)⁷⁹ contiennent des dispositions spécifiques de conflit de lois. Ici encore, la directive sur le commerce électronique ne porte pas préjudice aux régimes spécifiques instaurés dans le cadre de la réglementation d'activités particulières.

43. Le principe du pays d'origine est également écarté en matière immobilière, en ce qui concerne plus précisément la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'État membre dans lequel le bien immobilier est situé. Cette exception confirme la volonté du législateur européen de ne pas intervenir dans la sphère du notariat (art. 1^{er}, § 5, d, de la directive), même si la directive et les travaux préparatoires demeurent assez évasifs sur la justification de l'ajout de cette exception⁸⁰. D'autre part, le législateur européen n'a sans doute pas souhaité bouleverser le système de conflit de lois traditionnel en matière immobilière compte tenu du rattachement particulièrement fort existant entre les biens immobiliers et le lieu de leur situation⁸¹.

44. La directive ne règle pas la question de l'autorisation de l'envoi des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique. Le législateur européen a clairement voulu laisser les États membres régler cette question sans que les choix des uns ne s'imposent aux autres par le biais de la clause de marché intérieur⁸², même si l'on pourrait discuter de la faculté de limiter ces pratiques en vertu des dérogations particulières permises afin de protéger les consommateurs. Dans la mesure où cette question est régie par les règles classiques de droit international privé et où les lois protectrices des consommateurs sont généralement considérées comme des lois de police⁸³, il est probable que ce soit la loi du pays de résidence du consommateur qui s'applique compte tenu de la dérogation à la clause de marché intérieur. Le choix d'intégrer cette dérogation indique bien qu'une harmonisation minimale est requise

⁷⁷ Des dispositions similaires sont édictées dans le titre IV de la directive 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, *J.O.C.E.*, n° L 360, 9 décembre 1992, p. 1.

⁷⁸ Deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, *J.O.C.E.*, n° L 172, 4 juillet 1988, p. 1.

⁷⁹ Deuxième directive 90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE, *J.O.C.E.*, n° L 330, 29 novembre 1990, p. 50.

⁸⁰ Dans sa communication au Parlement européen sur la position commune du Conseil (SEC (2000) 386 Final, p. 15), la Commission se contente de préciser qu'une nouvelle exception a été introduite.

⁸¹ Cf. E CRABIT ("L'univers de la directive sur le commerce électronique", *op. cit.*, p. 8), qui évoque les réticences de certains États membres à ce propos.

⁸² Cf. le considérant n° 30, qui précise que "(...) La question du consentement du destinataire pour certaines formes de communication commerciale non sollicitée n'est pas traitée dans la présente directive, mais a déjà été traitée, en particulier, dans la directive 97/7/CE et dans la directive 97/66/CE. Dans les États membres qui autorisent l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées, la mise en place de dispositifs approprié de filtrage par les entreprises doit être encouragée et facilitée. Il faut en outre, en toute hypothèse, que les communications commerciales non sollicitées soient clairement identifiables en tant que telles afin d'améliorer la transparence et de faciliter le fonctionnement de tels dispositifs mis en place par les entreprises (...)" (souligné par nous).

⁸³ R. PRIoux, "L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux", *Rev. Dr. U.L.B.*, 1994, livre II, p. 136.

parallèlement à l'imposition d'une clause de marché intérieur, et ce afin d'éviter un alignement sur les législations les plus permissives ou un recours trop systématique aux dérogations particulières.

45. La clause de marché intérieur ne prive nullement les parties de leur faculté de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles. Cette exception rappelle donc le caractère supplétif de la règle du pays d'origine en matière contractuelle⁸⁴.

46. La règle du pays d'origine ne s'applique enfin pas aux contrats conclus avec les consommateurs. Sur ce point, il est renvoyé au droit commun⁸⁵, soit à l'application de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁸⁶.

47. La portée de cette dérogation n'est pas certaine. En effet, le considérant 56 énonce que, "en ce qui concerne la dérogation prévue par la présente directive pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs, celles-ci doivent être interprétées comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter". Faut-il en déduire que la dérogation couvre non seulement le contrat en lui-même mais également les aspects précontractuels ? Plusieurs éléments peuvent être avancés pour ou contre une telle interprétation.

S'agissant de dérogations au principe du pays d'origine, il pourrait tout d'abord être soutenu que les dispositions de l'annexe sont de stricte interprétation, ce qui irait à l'encontre d'une inclusion du domaine précontractuel dans le champ de l'exception relative aux contrats de consommation⁸⁷.

L'harmonisation partielle des règles régissant la phase précontractuelle (obligations d'information en particulier) est-elle suffisante pour pouvoir s'en remettre au principe du contrôle par le pays d'origine dans une matière aussi sensible que celle des contrats de consommation ? Ainsi, l'absence d'harmonisation de la notion d'offre pourrait poser problème dans le contexte de l'application de la clause de marché intérieur. En effet, à défaut de règles communes imposées par la directive, il existe un risque de glissement des standards législatifs vers ceux les plus favorables aux prestataires de services. Cet élément nous semble plaider pour une interprétation large de l'exception.

Deux autres éléments devraient cependant conduire à privilégier une interprétation restrictive de l'exception relative aux "obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs".

⁸⁴ Sur le choix de la loi applicable à un contrat, voy. notamment F. DE LY, "Rechtskeuze in internationale overeenkomsten. Implicaties van de invoering van het Europees Overeenkomstenconflictenverdrag", *T.P.R.*, 1989, II, pp. 1001-1035.

⁸⁵ Nous limiterons ici notre analyse à la convention de Rome sans entrer dans la matière du droit communautaire dérivé. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il existe une série de sources législatives communautaires qui intéressent soit directement soit indirectement le commerce électronique. Certaines directives posent notamment des règles protectrices du consommateur, comme la directive sur les clauses abusives, la directive sur les contrats à distance ou encore la directive sur la vente et la garantie des biens de consommation. En tant qu'elles sont assorties d'une règle d'applicabilité, ces directives sont susceptibles de régir la situation par priorité à toute autre loi qui serait normalement applicable en vertu des règles de rattachement usuelles. Tant la convention de Rome que le droit communautaire confèrent la priorité à ces actes ou aux dispositions nationales de transposition, dans la mesure où elles entendent déroger au jeu des règles de rattachement.

⁸⁶ Le considérant n° 55 rappelle ainsi que "La présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle".

⁸⁷ En ce sens, voy. A. PILETTE: "La directive commerce électronique: un bref commentaire", *A & M.*, 2001/1, p. 37.

D'une part, il convient de prendre en considération la cohérence interne du dispositif de la directive. En effet, l'article 3, § 4, permet aux États membres d'adopter des mesures spécifiques restrictives de la libre circulation des services de la société de l'information notamment lorsque les objectifs de protection du consommateur sont menacés. Si la dérogation de l'annexe relative aux contrats conclus par les consommateurs couvrirait également les aspects précontractuels, la possibilité de dérogations spécifiques, offerte aux États membres par l'article 3, § 4, n'aurait aucun raison d'être compte tenu de la portée générale des dérogations de l'annexe. Une interprétation restreignant le champ de la dérogation portant sur les contrats conclus par les consommateurs aux seuls aspects contractuels permet de préserver la cohérence de la directive.

D'autre part, la réalisation des objectifs de la directive repose en grande partie sur le mécanisme de la clause de marché intérieur⁸⁸. Il conviendrait donc de jouer le jeu de la directive en donnant plein effet à la clause de marché intérieur et dès lors d'éviter la tentation, qui guette certains adversaires de la logique d'intégration portée par la directive, consistant à exploiter la moindre faiblesse rédactionnelle de la directive en vue d'en interpréter les dispositions dans un sens limitant la portée de la clause de marché intérieur.

Il nous semble donc que cette dérogation ne couvre que les questions contractuelles⁸⁹. En outre, comme l'indique E. CRABIT, en visant spécifiquement les "obligations contractuelles", le législateur a manifesté sa volonté de préserver l'application de l'article 3 pour des questions telles que la capacité des parties ou la validité formelle des contrats (sauf en matière immobilière dans les cas prévus par l'annexe)⁹⁰.

48. La question de la loi applicable aux contrats de consommation conclus par le biais de l'internet reste, de manière générale, soumise aux règles de droit international privé prévues à l'article 5 de la Convention de Rome. Cette disposition soumet ces contrats à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle⁹¹. L'article 5 distingue une hypothèse générale et deux hypothèses spéciales⁹².

Il convient de se pencher particulièrement sur l'hypothèse générale de l'article 5, puisqu'elle se présente comme une catégorie résiduelle susceptible d'englober tous les autres contrats de consommation. Cette hypothèse vise tout contrat dont la conclusion a été précédée, dans le pays où le consommateur a sa

⁸⁸ Cf. notamment A. PILETTE, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁹ En ce qui concerne le considérant 56, celui-ci devrait être lu comme se référant aux règles d'information présentant un lien étroit avec le contrat. Tel sera le cas lorsque la loi régissant le contrat impose l'information du consommateur sur certains aspects de la relation contractuelle. En pareille circonstance, il serait en effet absurde que la loi du pays d'origine régie l'information préalable sur des points qui sont couverts par la loi du contrat.

⁹⁰ E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *op. cit.*, p. 797.

⁹¹ M. FALLON, "Le droit applicable à la protection de l'utilisateur sur l'interréseau dans le contexte communautaire", in *Telecommunications and broadcasting networks under EC law - Le droit communautaire et les réseaux de télécommunications et de télédiffusion, la protection des consommateurs et des entreprises dans la société de l'information*, ERA, vol. 27, p. 236.

⁹² Concernant ces dernières, il s'agit tout d'abord des contrats dans lesquels le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans le pays de ce dernier. Il s'agit ensuite des contrats de vente de marchandises dans lesquels le consommateur s'est rendu dans un pays étranger et y a passé commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure la vente.

résidence habituelle, d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et à condition que le consommateur ait accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.⁹³

49. Les conditions exigées dans le cadre de cette hypothèse vont soulever plusieurs difficultés lorsqu'elles devront s'appliquer à des situations contractuelles nées de l'utilisation de l'internet.

50. La première condition impose que la conclusion du contrat ait été précédée dans le pays de la résidence habituelle du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité. Cette condition envisage la situation dans laquelle le commerçant effectue des démarches pour vendre ses objets mobiliers corporels ou offrir ses services dans le pays où réside le consommateur.

La notion de "proposition spécialement faite" entend viser toute démarche individualisée faite à l'égard du consommateur, sous la forme par exemple de l'envoi d'un catalogue ou d'une offre de contrat. La notion de "publicité" a, quant à elle, une portée plus large puisqu'elle vise tout acte de publicité réalisé notamment par voie de radio, de télévision, de presse écrite, etc.

A la lumière du rapport explicatif GULIANO/LAGARDE sur la convention de Rome, il peut cependant être déduit du libellé de cette première condition que les démarches effectuées par le professionnel⁹⁴ doivent être spécialement dirigées vers le pays de résidence du consommateur⁹⁵. Ainsi, un consommateur espagnol qui conclut un contrat en répondant à une annonce publiée par une société française dans un journal américain, ne sera pas couvert par la règle protectrice prévue à l'article 5, sauf dans l'hypothèse d'une édition spéciale destinée au marché espagnol. Dans ce cas, le vendeur n'aura pas effectué de publicité spéciale destinée au pays du consommateur.

En posant cette exigence d'une proposition ou d'une publicité dirigée vers le pays du consommateur, la Convention de Rome tend à opérer une distinction entre consommateur "actif" et "passif", en ne permettant l'application des règles protectrices qu'au profit du consommateur dit "passif".

Compte tenu cependant des modalités du commerce électronique et des modes de navigation sur l'internet, la légitimité d'une telle distinction peut être mise en doute⁹⁶.

Certains cas de figure ne poseront pas de grandes difficultés. La passivité du consommateur sera difficile à mettre en doute en cas de proposition individualisée ou encore chaque fois que la publicité était personnalisée. La collecte des données personnelles relatives aux internautes⁹⁷ et leur centralisation dans des bases de données permettent en effet de dégager des profils de consommation autorisant une véritable personnalisation de la publicité⁹⁸.

⁹³ A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2^e uitg., 1999, pp. 164-171.

⁹⁴ Qu'elles prennent la forme soit de propositions d'affaires individualisées, soit d'une publicité.

⁹⁵ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁹⁶ Voy. notamment B.E.U.C., 183/99, "Compétence judiciaire et loi applicable aux contrats transfrontaliers conclus par les consommateurs", *Commentaire du B.E.U.C. sur les droits des consommateurs dans le cadre du commerce électronique. Version Finale*, 8/10/1999, disponible sur le site officiel du B.E.U.C., à l'adresse <http://www.beuc.org/public/xfiles2000/x2000/x022up0f.pdf>.

⁹⁷ Sur ce problème, cf. notamment J.-M. DINANT, "Les traitements invisibles sur Internet", in *Droit des technologies, regards prospectifs (à l'occasion des 20 ans du Crid)*, Cahier du Crid n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 279 et s.

⁹⁸ Concernant la publicité sur l'internet, voy. D. GOBERT, "La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution", *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, p. 72 ; S. BOURLIATAUX-LAJOINIE, "Personnalisation de la publicité sur Internet dans un contexte international : une méthode efficace ?", contribution au colloque international *Evolution du marketing dans le monde arabe : apport des technologies de l'information*, 2 et 3 nov. 2000, disponible à l'adresse <http://www.usj.edu.lb/colloques/fgm1/fgm1bou.htm>.

D'autres cas s'avéreront cependant nettement plus problématiques. Le consommateur peut notamment, en cours de navigation, repérer un site présentant une base de données ou des biens à acquérir et s'identifier alors au responsable du site pour bénéficier du service proposé, et cela sans jamais avoir été sollicité par le commerçant⁹⁹. Il peut également, en cours de navigation, être attiré par une bannière publicitaire se trouvant sur un site étranger et se laisser tenter par l'acquisition du produit dont la bannière vantait les mérites. Dans les cas de figure évoqués ci-dessus, la condition requise par l'article 5 n'est pas appropriée, notamment en ce qu'elle suggère une certaine passivité du consommateur, exigence à laquelle ne semble pas répondre celui qui d'initiative recherche un produit ou un service sur l'internet¹⁰⁰. La distinction entre consommateur actif et consommateur passif perd assurément de sa substance lorsqu'il s'agit d'appréhender les comportements du consommateur sur le web¹⁰¹.

En outre, l'interactivité inhérente à l'internet – qui se manifeste notamment par la diversité des techniques publicitaires utilisées – contribue à créer une confusion entre les notions d'activité ou de passivité. Le comportement de tout internaute se révèle d'une nature ambivalente. Le consommateur qui navigue sur le net est "actif" puisqu'il prend l'initiative de se connecter, mais il est également soumis, au cours de sa navigation, à de nombreuses et diverses formes de sollicitations qu'il ne contrôle pas ou dont il ne soupçonne pas l'influence.

Dans l'attente d'une modification du texte de la convention de Rome¹⁰², une difficulté d'interprétation majeure va inévitablement se poser dès lors qu'il est de l'essence même de l'internet de pouvoir toucher potentiellement l'ensemble des internautes : peut-on déduire de leur simple présence sur le net qu'une publicité ou un appel d'offres sont "dirigés" vers le pays d'un consommateur ?¹⁰³ Les conditions cumulatives de l'article 5 ne sont pas sans rappeler les termes de l'article 13 de la Convention de Bruxelles puisque les éléments de localisation y sont définis de manière tout à fait identique¹⁰⁴. Cependant, la Convention de Bruxelles, et notamment son article 13, vient de faire l'objet d'un remaniement sous la forme d'un nouveau Règlement du Conseil du 22 décembre 2000¹⁰⁵ : les notions de "publicité" et de "proposition spécialement faite" y ont été remplacées par celles d'activités "exercées dans" ou "dirigées vers" le pays de résidence du consommateur. Cette modification ne nous semble toutefois pas de nature à apporter davantage de sécurité juridique.

⁹⁹ M. FALLON, "Le droit applicable à la protection de l'utilisateur sur l'interréseau dans le contexte communautaire", *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁰ R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 192-195.

¹⁰¹ La pertinence de cette distinction nous semble déjà douteuse lorsque l'on envisage un média traditionnel comme la presse écrite. En effet, au même titre que l'on peut déduire un comportement actif de la part du consommateur naviguant de page web en page web sur l'internet, ne peut-on pas reconnaître un comportement identique dans le cas du consommateur qui acquiert et ensuite parcourt une revue spécialisée afin de s'acheter un produit bien défini ?

¹⁰² Cf. A.-M. DE MATOS, "Consommation transfrontière : d'un espace cloisonné à un espace judiciaire européen", *RECO*, 2000, p. 162.

¹⁰³ G. KAUFMAN-KOHLER, "Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?", *Internet. Which Court decides ? Which law applies*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 138 ; B. DEPOORTER, "Elektronische handel : bescherming van de consument op internet", in *Telecom & Internet*, Gent, Myns & Breesch, 1999, pp. 263-266.

¹⁰⁴ En vertu de l'article 13, le tribunal du domicile du consommateur est compétent "pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels si : a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et que b) le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat" (art. 13, § 3). Cf. B. DEPOORTER, "Het internationaal privaatrechtelijk probleem op Internet : bevoegde rechter", *op. cit.*, pp. 391-411, spéc. pp. 397-399.

¹⁰⁵ Règlement 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

51. La deuxième condition requise par l'article 5, dans le cadre de cette hypothèse générale, requiert en outre que le consommateur ait accompli, dans le pays où il a sa résidence habituelle, les "actes nécessaires à la conclusion du contrat". De tels actes peuvent s'entendre de toute démarche quelconque faite à la suite d'une offre ou d'une publicité, comme celle de compléter les champs requis d'une page web. Cette condition a été imposée dans la convention de Rome afin d'éluder le problème classique de la détermination du lieu de conclusion du contrat¹⁰⁶. Mais elle n'est pas aussi simple qu'il y paraît à appliquer dans le cadre du commerce électronique.

En effet, les moyens actuels de télécommunication permettent au consommateur de conclure un contrat dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle. Un facteur comme celui de la résidence habituelle n'est opérationnel que si ce lieu est aisément déterminable. En matière de contrats conclus par le biais de l'internet, l'endroit où le consommateur réalise ces démarches pourrait être difficile, voire impossible, à identifier et celles-ci pourraient en tout état de cause être sans pertinence pour la création d'un lien entre le contrat et l'État de résidence du consommateur. Si la seule identification possible du lieu de ces démarches était fonction de l'adresse IP utilisée par le consommateur pour se connecter à l'internet, force serait de constater qu'il y a là source d'insécurité juridique car l'adresse IP n'est pas toujours éclairante pour le vendeur¹⁰⁷.

52. Au regard des conditions qui viennent d'être exposées, l'on peut raisonnablement craindre qu'une interprétation stricte des conditions d'internationalité, et notamment de la spécialité de l'offre ou de la publicité, risque d'ôter tout effet utile à cette disposition en cas de transaction réalisée en ligne. En effet, si le consommateur ne se trouve pas dans l'une des situations visées par l'article 5 – ce qui risque d'être souvent le cas des contrats conclus sur l'internet – il jouira rarement de la protection accordée par l'article 5. Ce sont alors les règles générales de conflit de lois telles qu'elles s'appliquent aux professionnels, qui devront être prises en considération et qui conduiront le plus souvent à l'application de la loi de l'État où le prestataire de services est établi¹⁰⁸.

53. Certains auteurs suggèrent d'adopter une interprétation téléologique des conditions prévues à l'article 5¹⁰⁹. Les règles protectrices devraient selon eux être appliquées dans tous les cas, par analogie, car il s'agit de la seule protection offerte aux consommateurs. A ce titre, l'article 5 devrait s'appliquer à toutes les nouvelles situations qui n'ont pas été envisagées lors de la rédaction originelle¹¹⁰. Une telle interprétation permettrait une plus large protection des consommateurs, et pourrait s'appuyer sur une double justification.

D'une part, cela contribuerait surmonter la difficulté pratique de déterminer *in concreto* si une publicité est effectivement dirigée vers le pays du consommateur. La prise en considération de critères linguistiques (publicité ou site rédigé dans une langue déterminée) ou monétaires (paiement à effectuer dans une monnaie déterminée) ne permet pas de conclure automatiquement au ciblage d'un marché limité dans l'espace.

¹⁰⁶ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*

¹⁰⁷ L'adresse IP utilisée ne donne en effet pas toujours une indication fiable de la localisation de l'interlocuteur du commerçant. Cf. M. FALLON, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁸ Que ce soit via une clause de détermination de la loi applicable (art. 3) ou via l'application du critère subsidiaire du lieu d'établissement de la partie qui effectue la prestation caractéristique du contrat (art. 4).

¹⁰⁹ Voy., en ce sens, Y. BRULARD et P. DEMOLIN, "Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet", in *Internet face au droit*, Cahier du CRID n° 12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p. 45.

¹¹⁰ S. FRANCO, "The Impact of EC Legislation for a Service Provider Established in the United States", *Louisiana Law Review*, vol. 60, Summer 2000, n° 4, p. 1074.

D'autre part, la position de faiblesse qu'occupe le consommateur incite à préférer cette interprétation car cette position défavorable est d'autant plus fragilisée qu'intervient une rupture d'échelle spécifique à l'internet, puisque le réseau ouvre aux fournisseurs de produits et de services un marché planétaire. Les moyens financiers et techniques d'une entreprise, aussi petite soit-elle, sont toujours supérieurs à ceux du simple consommateur-internaute. Compte tenu de ce facteur, il semble normal que le risque de devoir se soumettre à la loi de 15 pays différents repose sur le professionnel. Si une entreprise souhaite se protéger d'un tel risque, il lui suffit alors de ne pas diriger sa publicité ou ses offres sans considération d'espace, par exemple en spécifiant une limitation géographique sur son site ou en refusant les commandes provenant de certains États. Mais cette solution n'est évidemment pas idéale pour le développement du commerce électronique puisqu'elle génère une insécurité juridique en défaveur des commerçants.

54. En définitive, force est de constater que la Convention de Rome n'assure pas aux consommateurs une protection inconditionnelle. Leur situation s'avère relativement incertaine et tributaire de l'une ou l'autre interprétation des conditions de l'article 5. Comme il a été déjà souligné, la Convention de Rome n'impliquera pas automatiquement la désignation de la loi du pays de résidence du consommateur dès lors qu'on déduira des actes qu'il adopte un comportement "actif"...¹¹¹. Dans ce contexte, les craintes des associations de défense des intérêts des consommateurs par rapport aux effets pratiques de l'insertion d'une clause de marché intérieur ne sont pas tout à fait pertinentes dans la mesure où le droit commun n'offre *a priori* pas une meilleure protection au consommateur, pour autant que l'on associe l'idée de protection à celle d'application de la loi du pays de résidence du consommateur. Il est cependant évident que l'application automatique de la loi du pays d'origine poserait un problème pratique non négligeable dans la mesure où elle imposerait au consommateur une démarche de prise de connaissance et de compréhension du droit étranger applicable. Cette contrainte dans un contexte insuffisamment harmonisé pourrait susciter des réticences de la part des consommateurs vis-à-vis du commerce international en ligne.

Dans l'hypothèse où l'article 5 de la convention de Rome ne serait pas applicable aux contrats de consommation conclus via l'internet, il semble que les dispositions de l'article 7 de cette convention pourraient permettre de contourner la délimitation de l'article 5. Mais cette possibilité soulève la question de l'interaction entre ces deux articles. Or, cette question est controversée car, en limitant les cas dans lesquels le consommateur peut se prévaloir des règles impératives protectrices de l'État de sa résidence habituelle, la convention de Rome paraît en avoir exclu l'application en dehors de ces cas, même au titre de l'article 7¹¹².

B. Dérogations particulières : art. 3, §§ 4 à 6

55. La clause de marché intérieur peut être écartée si des circonstances particulières, tenant à la préservation d'intérêts essentiels de l'État de destination du service de la société de l'information, le justifient.

56. Avant d'analyser la portée des dispositions des §§ 4 à 6 de l'article 3 de la directive, il convient toutefois de revenir sur le contexte communautaire.

¹¹¹ M. OLIVIER et A. CAPARROS, *op. cit.*, p. 5.

¹¹² Voy. M. FALLON, *op. cit.*, p. 243, qui propose une application distributive de ces articles : article 5 pour la protection par le droit de contrats et article 7 pour la protection par la réglementation des pratiques commerciales.

1. Le contexte communautaire

a) Les grands principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice en matière de restrictions à la libre prestation de services

57. Consciente de la nécessité de protéger, dans le cadre de l'action communautaire, certains objectifs qui pourraient être affectés par la réalisation du marché intérieur, la Cour de justice a développé une jurisprudence autorisant dans certaines limites le maintien de mesures restrictives de la libre circulation adoptées par les États membres¹¹³.

58. Ceux-ci peuvent adopter et maintenir des mesures restreignant le principe de la libre prestation de service, pour autant qu'elles respectent quatre conditions.

Elles doivent ainsi (i) être non discriminatoires, (ii) respecter la primauté du droit communautaire dérivé, (iii) poursuivre un but d'intérêt général et, enfin, (iv) être proportionnelles au but poursuivi¹¹⁴.

i) Mesures non discriminatoires

59. Les mesures restrictives ne peuvent constituer une discrimination fondée sur la nationalité du prestataire ou sur la circonstance qu'il serait établi dans un autre État membre¹¹⁵. Des mesures nationales discriminatoires sont en effet contraires à la lettre du traité et ne peuvent être tolérées que dans le cadre limité des exceptions expressément prévues par le traité lui-même¹¹⁶.

ii) Primauté du droit communautaire

60. Les mesures nationales ne peuvent être en contradiction avec les dispositions d'une directive ou d'un règlement¹¹⁷. Le principe de la primauté du droit communautaire joue dans tous les domaines de compétence mixte. L'action unilatérale des États membres ne pourra être tolérée "que dans la mesure et aussi longtemps que la législation communautaire fait défaut"¹¹⁸.

iii) Exigences impérieuses

61. Les mesures nationales portant atteinte à la libre prestation de services doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général¹¹⁹.

iv) Proportionnalité

¹¹³ V. HATZOPOULOS, "Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?", *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, pp. 194-196.

¹¹⁴ Cf. notamment M. FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 159.

¹¹⁵ CJCE, 25 juill. 1991, aff. *Commission c./ Pays-Bas (Mediawet)*, C-353/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-4069, pt. 14.

¹¹⁶ *Ibidem*, pt. 15. Voy. également V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁷ M. FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 159.

¹¹⁸ V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 203. Dans le même sens, voy. J.-G. HUGLO, "Liberté d'établissement et libre prestation de services: chronique (juillet 1997-juillet 1998)", *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 580.

¹¹⁹ CJCE, C-353/89, précitée, pts. 17 et 18. Pour une énumération des intérêts retenus par la jurisprudence, cf. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, pp. 200-201.

62. Les mesures adoptées par l'État membre doivent être nécessaires et adéquates en vue d'atteindre les objectifs ayant justifié leur adoption.

Le critère de nécessité peut lui-même être décomposé en deux éléments : la pertinence et le caractère indispensable des mesures nationales¹²⁰.

Les mesures nationales doivent être pertinentes, c'est-à-dire qu'elles doivent présenter un lien de causalité avec l'objectif poursuivi.

Les mesures nationales doivent également être indispensables, c'est-à-dire que, comme l'a souligné la Cour, les mesures doivent être propres "à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ; en d'autres termes, il faut que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes"¹²¹. Cela signifie, notamment, que les mesures nationales ne peuvent faire double emploi avec des dispositions du droit de l'État d'origine des services qui permettraient d'atteindre les objectifs poursuivis¹²². En ce sens, le principe de reconnaissance mutuelle constitue donc le fondement du principe de proportionnalité¹²³.

Les mesures nationales doivent, enfin, être proportionnelles au but poursuivi, c'est-à-dire que même si elles sont nécessaires et indispensables, elles ne peuvent être tolérées si elles provoquent des désagréments disproportionnés par rapport à l'objectif qu'elles permettent d'atteindre¹²⁴.

b) Le précédent de la directive "télévision sans frontière"

63. La directive "télévision sans frontière"¹²⁵ comporte des dispositions fort similaires à celles de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice concernant cette première directive présente donc un intérêt tout particulier.

La directive "télévision sans frontière" dispose en son article 2 que :

"§ 1^{er}. Chaque État veille à ce que toutes les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises :

*- par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence
ou*

- par des organismes de radiodiffusion télévisuelle utilisant une fréquence ou la capacité d'un satellite accordée par cet État membre ou une liaison montante vers un satellite située dans cet État membre, tout en ne relevant de la compétence d'aucun État membre,

¹²⁰ En ce sens, W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *J.T.*, 1992, p. 305.

¹²¹ CJCE, C-353/89, précitée, pt. 19.

¹²² Cf. notamment W. VAN GERVEN, "De beginselen 'subsidiariteit, evenredigheid en samenwerking' in het Europese Gemeenschapsrecht", *R.W.*, 1991-1992, p. 1244, n° 9.

¹²³ V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 207. Cf. également K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Maklu, 1999, n° 225.

¹²⁴ W. VAN GERVEN, "Principe...", *op. cit.*, p. 305.

¹²⁵ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 oct. 1989, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*, n° L 298, 17 oct. 1989, p. 23.

respectent le droit applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre.

§ 2. Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive. Ils peuvent suspendre provisoirement la retransmission d'émissions télévisées si les conditions suivantes sont remplies :

- une émission télévisée en provenance d'un autre État membre enfreint d'une manière manifeste, sérieuse et grave l'article 22 ;*
- au cours des douze mois précédents, l'organisme de radiodiffusion télévisuelle a déjà enfreint, deux fois au moins, la même disposition ;*
- l'État membre concerné a notifié par écrit à l'organisme de radiodiffusion télévisuelle et à la Commission les violations alléguées et son intention de restreindre la retransmission au cas où une telle violation surviendrait de nouveau ;*
- les consultations avec l'État de transmission et la Commission n'ont pas abouti à un règlement amiable, dans un délai de quinze jours à compter de la notification prévue au point c), et la violation alléguée persiste.*

La Commission veille à la compatibilité de la suspension avec le droit communautaire. Elle peut demander à l'État membre concerné de mettre fin d'urgence à une suspension contraire au droit communautaire. Cette disposition n'affecte pas l'application de toute procédure, mesure ou sanction aux violations en cause dans l'État membre de la compétence duquel relève l'organisme de radiodiffusion télévisuelle concerné.

§ 3. La présente directive ne s'applique pas aux émissions de radiodiffusion télévisuelle exclusivement destinées à être captées dans d'autres États que les États membres et qui ne sont pas reçues directement ou indirectement dans un ou plusieurs États membres."

64. La formulation pour le moins ambiguë de l'article 2, § 1^{er}, vise en fait à soumettre les prestataires au droit national de l'État membre sur le territoire duquel ils sont établis¹²⁶. La seconde directive "télévision sans frontière" a consacré la jurisprudence de la Cour et a dès lors corrigé cette imperfection dans le libellé de l'article 2 en précisant les critères de compétence des États membres¹²⁷.

¹²⁶ En ce sens, cf. CJCE, 10 sept. 1996, aff. *Commission c./ Royaume-Uni*, C-222/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-4025, pts. 40 à 42. Voy. également CJCE, 5 juin 1997, aff. *VT4*, C-56/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-3143.

¹²⁷ Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 oct. 1989, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*, n° L 202, 30 juill. 1997, p. 60. Cf. l'article 1^{er}, § 2, qui remplace l'article 2 de la directive 89/552/CEE. A propos de cette seconde directive "télévision sans frontière", voy. notamment V. CASTILLE, "De nieuwe televisierichtlijn zonder grenzen van 1997", *A. & M.*, 1998, pp. 5 et s.

65.Le dispositif de la directive “télévision sans frontière” repose donc sur un triple mécanisme. Le contrôle est exercé par l’État membre d'origine des services, qui reçoit d'ailleurs une injonction explicite à cet égard. Les États membres de réception se voient pour leur part interdire toute entrave à la retransmission des émissions télévisées en provenance d'autres États membres. Enfin, la directive comporte une clause de sauvegarde permettant, dans des cas très limités et moyennant le respect d'une procédure préalable de notification et de consultation, l’adoption de mesures restrictives de la libre prestation de services.

La ressemblance avec le dispositif de la directive sur le commerce électronique saute aux yeux.

66.La Cour de justice a prononcé plusieurs arrêts permettant de mieux cerner la portée des dispositions de la directive “télévision sans frontière” et de les situer au sein de la jurisprudence générale de la Cour.

67. Dans le contexte d'un recours en manquement à l'encontre de la Belgique, la Cour a tout d'abord précisé les rôles respectifs des États membres d'origine et de réception au regard des dispositions de la directive. Le contrôle du respect du droit de l'État membre d'origine, en ce compris les dispositions mettant en œuvre la directive “télévision sans frontière”, incombe au seul État membre d'origine, à l'exclusion de tout autre contrôle par l'État membre de réception¹²⁸. Et la Cour de rappeler que l'État membre de réception ne peut en aucun cas prendre unilatéralement des mesures de défense à l'encontre d'une violation du droit communautaire par l'État membre d'origine, sa seule possibilité d'action étant le recours en manquement¹²⁹. Par cet arrêt, la Cour insiste sur la compétence de principe de l'État membre d'origine quant au contrôle du respect des dispositions de la directive par les prestataires établis sur son territoire, les États membres devant “se témoigner une confiance mutuelle en ce qui concerne les contrôles effectués sur leurs territoires respectifs”¹³⁰.

68. La Cour a confirmé sa position dans un arrêt du 29 mai 1997 relatif à l'affaire *TNT & Cartoon Network*¹³¹.

69.La responsabilité de principe de l'État membre d'origine étant clairement établie, il convient de s'interroger sur la marge de manœuvre dont disposent les États membres de réception en vue de préserver les objectifs d'intérêt général qui pourraient être menacés par la retransmission d'émissions télévisées provenant d'un autre État membre.

Compte tenu de la primauté du droit communautaire dérivé et de l'existence de l'instrument d'harmonisation et de coordination que constitue la directive “télévision sans frontière”, les États membres de réception peuvent-ils encore invoquer la jurisprudence de la Cour de justice relative aux exigences impérieuses ?

¹²⁸ CJCE, 10 sept. 1996, aff. *Commission c./ Belgique*, C-11/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-4115, pt. 34.

¹²⁹ *Ibidem*, pts. 36 et 37.

¹³⁰ *Ibidem*, pt. 88.

¹³¹ CJCE, 29 mai 1997, aff. *TNT & Cartoon Network (procédure pénale contre Denuit)*, C-14/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-2785, pts. 32 à 36. Pour un rappel du contexte de cette affaire, voy. D. VOORHOOF, “Hof van Justitie en TV-richtlijn : geen tweede contrôle door de ontvangstaat”, *A. & M.*, 1997, pp. 305-306.

La question mérite d'autant plus d'être posée que la directive aménage en quelque sorte la possibilité d'invoquer des impératifs d'intérêt général en prévoyant une procédure (très contraignante) en vue de l'adoption de mesures restrictives de la libre circulation des émissions télévisées en provenance d'autres États membres.

Ne faudrait-il pas considérer que toute mesure nationale adoptée en dehors de cette procédure serait contraire à la directive "télévision sans frontière" et ne pourrait dès lors être licitement maintenue, le principe de la primauté du droit communautaire n'étant pas respecté ainsi que l'impose la jurisprudence de la Cour de justice ?

70. La Cour effleure ces questions cruciales dans l'arrêt *De Agostini*¹³².

La Cour y rappelle tout d'abord que la directive "télévision sans frontière" vise à coordonner certaines dispositions des droits des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle "en vue de la suppression des entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté"¹³³.

Selon la directive, les États membres de réception ne peuvent entraver la libre retransmission des émissions en provenance d'autres États membres "pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la directive"¹³⁴.

La Cour opère ensuite une distinction basée sur le degré d'harmonisation des questions considérées. Ainsi, en ce qui concerne la publicité, la Cour relève que la directive ne réalise qu'une coordination "partielle"¹³⁵ et en conclut que la directive n'exclut dès lors pas "complètement et automatiquement l'application des règles autres que celles visant spécifiquement la diffusion et la distribution des programmes"¹³⁶, pour autant que cela n'empêche pas la retransmission proprement dite des émissions en provenance d'un autre État membre¹³⁷. Par contre, concernant la protection des mineurs, la Cour observe que la directive comprend "un ensemble complet de dispositions spécifiquement consacrées" à ce problème et que le contrôle du respect de ces dispositions incombe à l'État membre d'origine¹³⁸.

Il semble donc que cela soit le degré d'harmonisation qui détermine la marge de manœuvre des États membres de réception en vue de préserver leurs impératifs d'intérêt général¹³⁹.

71. Les possibilités d'action des États membres sont en tout cas très limitées. En effet, même dans l'hypothèse d'une harmonisation "minimale", l'éventuelle intervention de l'État membre de réception ne peut, selon les termes de la Cour, empêcher la retransmission proprement dite des émissions en provenance d'un autre État membre. Le degré d'harmonisation importe donc moins que l'existence d'une intervention communautaire en tant que telle. La clause consacrant la compétence de l'État membre d'origine doit donc être respectée par l'État membre de réception qui invoquerait le faible

¹³² CJCE, 9 juill. 1997, aff. *De Agostini, Forlag et TV-Shop*, C-34 à C-36/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-3843.

¹³³ *Ibidem*, pt. 24.

¹³⁴ *Ibidem*, pt. 27.

¹³⁵ *Ibidem*, pt. 32.

¹³⁶ *Ibidem*, pt. 33.

¹³⁷ *Ibidem*, pt. 38.

¹³⁸ *Ibidem*, pts. 57 et 58.

¹³⁹ En ce sens, C.-F. DURAND et S. VAN RAEPENBUSCH, "Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance", *C.D.E.*, 1998, pp. 441-442. Dans le même sens, voy. J.-G. HUGLO, *op. cit.*, pp. 580-581.

degré d'harmonisation pour justifier son intervention. Ce n'est donc que dans la mesure où le droit communautaire dérivé ne comporte pas de disposition régissant¹⁴⁰ la question litigieuse qu'un État membre de réception peut légitimement invoquer sa législation nationale au nom des impératifs d'intérêt général consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice. Cette réserve découle à la fois du principe de proportionnalité¹⁴¹ et de la règle de la primauté du droit communautaire.

72. Les conclusions de l'avocat général Jacobs vont également en ce sens. Le magistrat souligne ainsi que “le fait que cela ne soit que dans des circonstances tout à fait spécifiques et extrêmes qu'un État membre est autorisé par la directive à suspendre la retransmission d'émissions diffusées à partir d'un autre État membre démontre l'importance du principe de l'État de transmission dans l'économie de la directive”¹⁴². En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour en matière de fraude, invoquée par certaines parties au litige, l'avocat général insiste sur le fait qu'admettre cet argument dans des hypothèses où les intérêts invoqués sont couverts par le champ d'application de la directive “télévision sans frontière” ruinerait “fondamentalement le principe de l'État de transmission”¹⁴³. L'avocat général refuse pareillement toute différence de solution basée sur l'existence ou non de dispositions spécifiques d'harmonisation dans la directive. Il ne faut en effet pas confondre les domaines coordonnés par la directive et les questions spécifiquement réglées par elle, seul l'appartenance aux premiers étant relevante pour déterminer si l'article 2, § 2, de la directive s'applique¹⁴⁴. L'arrêt de la Cour doit donc être interprété avec prudence.

73. La question de l'application de la réserve de la fraude s'est également posée en matière de radiodiffusion d'émissions télévisées.

74. Ainsi, concernant des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive “télévision sans frontière”, la Cour de justice avait considéré que l'État néerlandais pouvait légitimement assimiler à un organisme national, et partant lui imposer le respect de la législation néerlandaise, un organisme de radiodiffusion établi dans un autre État membre dans le seul but de se soustraire aux exigences de la loi néerlandaise alors même que les émissions de cet organisme étaient destinées au public néerlandais¹⁴⁵.

75. Sous l'empire des dispositions de la directive “télévision sans frontière”, la Cour a été saisie d'une question préjudicielle dans le cadre d'un litige opposant la Région flamande à la société *VT4*, qui émettait depuis le territoire britannique en direction du public flamand.

La Cour n'a cependant pas tranché la question de la survie de la réserve de la fraude après l'entrée en vigueur de la directive “télévision sans frontière” dans la mesure où la question préjudicielle ne portait pas précisément sur ce point mais plutôt sur l'interprétation des dispositions de l'article 2 de la directive¹⁴⁶.

76. Dans le cadre d'un recours en manquement intenté à l'encontre de la Belgique concernant la transposition de la directive “télévision sans frontière”, le gouvernement belge a invoqué la

¹⁴⁰ Que ce soit par le biais de dispositions d'harmonisation ou de dispositions de coordination telles qu'une clause de compétence.

¹⁴¹ La mesure restrictive de la libre prestation de services ne pourra être considérée comme nécessaire si le droit communautaire comporte une disposition permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

¹⁴² CJCE, C-34 à C-36/95, Conclusions de l'avocat général Jacobs, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-3847, pt. 27.

¹⁴³ *Ibidem*, pt. 46.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pts. 80 et 81.

¹⁴⁵ CJCE, 5 oct. 1994, aff. *TV 10*, C-23/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, p. I-4795, pts. 21 et 22.

¹⁴⁶ CJCE, C-56/96, *op. cit.*, pt. 12.

jurisprudence de la Cour relative à la réserve de la fraude afin de justifier le maintien de certaines dispositions législatives en Communauté française qui visaient spécifiquement les organismes de radiodiffusion diffusant de la publicité à partir d'autres États membres à destination des téléspectateurs de la Communauté française¹⁴⁷.

Ici non plus, la Cour ne répond pas à la question qui nous intéresse car les circonstances de la cause ne le requéraient point. La Cour relève en effet que “*Sans qu'il soit besoin d'examiner* si, en présence de la directive 89/552, un État membre est encore en droit de prendre, sur le fondement de l'article 59 du traité, des mesures destinées à empêcher que les libertés garanties par le traité soient utilisées par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État (arrêts Van Binsbergen, précité, point 13 ; du 16 décembre 1992, Commission/Belgique, C-211/91, Rec. p. I-6757, point 12, et TV 10, précité, point 20), *il suffit* de constater que, en tout état de cause, cette jurisprudence n'autorise pas un État membre à exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, car cela reviendrait à supprimer la libre prestation de services (voy. l'arrêt du 16 décembre 1992, Commission/Belgique, précité, point 12)” (souligné par nous)¹⁴⁸.

La Cour n'a donc pas pris position sur ce point¹⁴⁹ et il est dès lors délicat de se prononcer compte tenu de la prudence des termes employés par la juridiction de Luxembourg.

77. Dans la mesure où la réserve de la fraude constitue une exception au principe fondamental de la libre circulation, d'aucuns considèrent que rien ne s'oppose à ce que le législateur communautaire délimite les pouvoirs respectifs des États membres d'origine et de réception dans le cadre de la directive “télévision sans frontière”, de sorte que la réserve de la fraude ne trouve plus sa place dans ce régime harmonisé¹⁵⁰.

78. Il nous semble cependant que, depuis cette jurisprudence, l'adoption de la seconde directive “télévision sans frontière” va, au contraire, dans le sens d'une préservation des pouvoirs d'action des États membres en cas de fraude. En effet, le considérant 14 de la seconde directive “télévision sans frontière” dispose que “conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice, un État membre *conserve le droit* de prendre des mesures à l'encontre d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi dans un autre État membre, mais dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu en vue de se soustraire aux règles qui seraient applicables à cet organisme s'il était établi sur le territoire du premier État membre”¹⁵¹.

¹⁴⁷ CJCE, C-11/95, *op. cit.*, pt. 62.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pt. 65.

¹⁴⁹ Dans ses conclusions, l'avocat général Lenz estimait pour sa part que la jurisprudence de la Cour concernant la réserve de la fraude était transposable aux domaines couverts par la directive “télévision sans frontière” (C-11/95, conclusions de l'avocat général, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-4117, pt. 74), tout en rappelant que “la faculté d'intervention que la Cour a reconnu à l'État membre de réception est une exception à l'une des libertés constitutives du marché intérieur” et que “à ce titre, elle appelle nécessairement une interprétation restrictive” (*Ibidem*, pt. 75).

¹⁵⁰ J.-G. HUGLO, “Liberté d'établissement et libre prestation de services : chronique (juillet 1996-juillet 1997)”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, pp. 456-458. Cf. également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *De Agostini* (*op. cit.*). *Contra*, C. DOUTRELEPONT, qui estime qu'en l'espèce, le législateur communautaire a clairement indiqué sa volonté de veiller au respect de la jurisprudence relative à la réserve de la fraude (“La jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de l'audiovisuel”, in *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 139-141).

¹⁵¹ A ce propos, voy. D. VOORHOOF, “Een tussenstand in de zaak VT4 tegen Vlaamse Gemeenschap”, *A.&M.*, 1997, p. 309.

79. En élargissant le débat à l'ensemble des mesures restreignant la libre circulation des émissions télévisées, l'on pourrait considérer que, en ne visant que la seule jurisprudence relative à la réserve de la fraude, le législateur communautaire a clairement (même si implicitement) indiqué sa volonté de n'admettre, dans les autres circonstances que la fraude, que les éventuelles mesures restrictives adoptées dans le cadre de l'article 2, § 2, de la directive "télévision sans frontière" (souligné par nous)¹⁵².

Une confirmation ou infirmation jurisprudentielle de cette interprétation de la volonté du législateur serait toutefois vivement souhaitable.

2. Le dispositif de la directive sur le commerce électronique

80. L'article 3 de la directive sur le commerce électronique porte une logique identique à celle des articles 2 et 2bis de la directive "télévision sans frontière".

La disposition repose à titre principal sur le double mécanisme de l'injonction/interdiction : injonction à l'encontre de l'État membre d'origine d'assurer le respect de sa législation nationale par les prestataires établis sur son territoire ; interdiction aux États membres de réception d'entraver la libre circulation des services de la société de l'information fournis par des prestataires établis dans d'autres États membres.

81. Si la logique d'intégration communautaire tend à l'abolition des frontières au sein du marché intérieur, elle peut conduire de manière incidente à une certaine déréglementation dans la mesure où la mise à l'écart des réglementations nationales des États membres de destination contraires à la libre circulation n'est pas toujours compensée par une réglementation au niveau communautaire¹⁵³.

C'est pourquoi, en vue de garantir la défense de l'intérêt général, des exceptions à la compétence de l'État d'origine sont tolérées.

82. A cet égard, l'article 3, § 4, de la directive sur le commerce électronique est visiblement calqué sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'exigences impérieuses. Cette disposition prévoit en outre une procédure préalable de notification.

Différentes conditions doivent être observées afin que les mesures adoptées par l'État de destination puissent être considérées comme une dérogation licite au principe et non comme une entrave injustifiée à la libre circulation des services de la société de l'information.

Selon l'article 3, § 4, les mesures doivent être :

- *nécessaires pour une des raisons suivantes :*
 - *l'ordre public*¹⁵⁴ ;
 - *la protection de la santé publique ;*

¹⁵² Devenu article 2 bis suite à la modification du texte par l'adoption de la seconde directive "télévision sans frontière".

¹⁵³ A ce propos, voy. N. BERNARD, "La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence", *C.D.E.*, 1998, pp. 12 et 25-31.

¹⁵⁴ L'article 3, § 4, précise la notion d'ordre public en visant "en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine".

- *la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales ;*
- *la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ;*
- *prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs précités "ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs" ;*
- *proportionnelles à ces objectifs.*

83. La réunion de ces différentes conditions aura pour conséquence que ces dérogations particulières ne seront possibles que dans des cas exceptionnels.

84. Le libellé de l'article 3, § 4, présente par ailleurs une ambiguïté quant à la portée de la faculté de dérogation. En effet, en autorisant les États membres à prendre des mesures dérogatoires à la clause de marché intérieur vis-à-vis "d'un service donné de la société de l'information", il n'est pas certain que le législateur européen ait exclu la possibilité d'adopter des mesures de portée générale affectant une catégorie déterminée de services. L'exclusion des mesures de portée générale aurait été claire si le législateur avait uniquement permis les mesures à l'encontre d'un prestataire donné. Dans le doute, l'exception devrait cependant s'interpréter restrictivement. De plus, la logique de la clause de marché intérieur voudrait que les dérogations ne puissent être adoptées qu'au cas par cas et non par le biais de mesures générales. L'ajout du terme "donné" indique aussi une approche individuelle plutôt que générale. Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice, dont s'est largement inspiré le législateur communautaire, ne permet pas à un État membre "d'exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres", car cela reviendrait à supprimer la libre prestation de services¹⁵⁵. L'article 3, § 4, devrait dès lors ne permettre que des dérogations de portée particulière, à l'exclusion de toute dérogation de portée générale¹⁵⁶. Une transposition plus ou moins littérale de ces dispositions devrait pouvoir être envisagée¹⁵⁷.

85. Si ce n'est dans le cadre de l'article 3, § 4, de la directive sur le commerce électronique, les États membres conservent la possibilité d'adopter des mesures de portée générale, mais alors dans le respect des exigences de la directive sur la transparence réglementaire, qui prévoit elle-même une procédure de notification et de consultation précédant l'adoption de toute réglementation nationale régissant les services de la société de l'information¹⁵⁸.

86. En outre et sans préjudice de la procédure judiciaire (en ce compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale), l'État membre qui souhaite prendre des mesures restreignant la libre circulation d'un service de la société de l'information doit, préalablement à l'adoption de toute mesure, avoir demandé (en vain) à l'État d'origine de prendre des mesures et avoir notifié à la Commission et à l'État membre concerné son intention de prendre de telles mesures (art. 3, § 4, b). Cette procédure de notification n'empêche donc pas les autorités compétentes des États

¹⁵⁵ CJCE, 16 déc. 1992, aff. *Commission c./ Belgique*, C-211/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. I-6757, pt. 12.

¹⁵⁶ Cf. E. CRABIT, "L'univers de la directive sur le commerce électronique" *op. cit.*, p. 22 (selon qui "les États membres peuvent prendre des mesures à l'encontre d'un prestataire de services donné établi dans un autre État membre (dérogations au cas par cas) si elles poursuivent une des quatre raisons spécifiées (...) et si elles respectent certaines conditions de fond et de procédure (article 3, §§ 4 à 6)").

¹⁵⁷ A l'image de ce qui est discuté en France : cf. projet de loi sur la société de l'information, article 19.

¹⁵⁸ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, n° L 217, 5 août 1998.

membres de destination des services de la société de l'information d'entreprendre toute procédure préalable d'enquête ou d'investigation en vue de détecter et le cas échéant sanctionner les infractions pénales¹⁵⁹.

Il convient enfin de préciser qu'il ne s'agit pas d'une simple notification formelle mais plutôt d'une véritable demande, ce qui implique que l'État de destination doit effectivement laisser à l'État membre d'origine la possibilité de réagir¹⁶⁰.

87. En cas d'urgence, l'État membre de destination peut prendre toutes les mesures nécessaires sans notification préalable, pour autant qu'il notifie à la Commission et à l'État d'origine dans les plus brefs délais les mesures adoptées ainsi que les raisons ayant justifié l'urgence (art. 3, § 5).

88. Enfin, la Commission contrôle *a posteriori* la conformité des mesures adoptées avec le droit communautaire et demande le cas échéant qu'il soit mis un terme aux mesures non conformes aux conditions précitées (art. 3, § 6).

89. A l'instar des dispositions de la directive "télévision sans frontière", l'article 3 de la directive sur le commerce électronique soulève différentes questions, en particulier concernant la portée de la procédure préalable de notification qu'il impose aux États membres de destination des services.

90. L'efficacité de la directive sur le commerce électronique repose en grande partie sur le mécanisme de la clause de marché intérieur¹⁶¹. Dans l'esprit du législateur communautaire, les exceptions à la libre circulation des services de la société de l'information doivent dès lors nécessairement demeurer marginales.

Se pose donc la question de l'impact du dispositif de la directive sur le commerce électronique sur la possibilité pour les États membres d'invoquer la jurisprudence relative aux exigences impérieuses pour justifier l'application de leur législation nationale aux services de la société de l'information fournis par des prestataires établis dans d'autres États membres.

91. La réponse à cette question pourrait se trouver dans la jurisprudence de la Cour.

En effet, une des conditions fixées par cette jurisprudence pour le maintien licite de mesures restreignant la libre circulation est le respect de la primauté du droit communautaire dérivé (voy. *supra*, n° 135).

Sur base du précédent de la directive "télévision sans frontière", il conviendrait de faire une distinction en fonction du degré d'harmonisation¹⁶².

92. Mais la directive sur le commerce électronique présente une particularité importante par rapport à la directive "télévision sans frontière" : sa définition très large du "domaine

¹⁵⁹ Cf. le considérant n° 26.

¹⁶⁰ A ce propos, cf. E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *op. cit.*, p. 791.

¹⁶¹ En ce sens, A. PILETTE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶² CJCE, C-34 à C-36/95, *op. cit.*

coordonné”, qui englobe nombre de questions sur lesquelles le dispositif de la directive n'opère aucune harmonisation.

S'il est patent que le “domaine coordonné” par la directive sur le commerce électronique n'est pas, loin s'en faut, complètement harmonisé par cette directive, il est cependant difficile de nier l'existence d'une réelle et importante intervention communautaire par l'imposition d'une clause consacrant la compétence de principe de l'État membre d'origine.

Le législateur communautaire a, conformément au principe de subsidiarité, limité son œuvre d'harmonisation à “certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur”¹⁶³. Pour le surplus, le “niveau élevé d'intégration juridique communautaire” voulu par le législateur européen¹⁶⁴ se concrétise par la clause de marché intérieur contenue dans l'article 3.

93. Le respect de la primauté du droit communautaire dérivé requiert des États membres qu'ils s'abstiennent dans des domaines où le législateur communautaire est lui-même intervenu. Dans le cadre de la directive sur le commerce électronique, le législateur est incontestablement intervenu au-delà des questions harmonisées par l'imposition de la clause de marché intérieur à toutes les questions relevant du “domaine coordonné”.

Les éventuelles mesures nationales restreignant la libre circulation des services de la société de l'information ne devraient dès lors, selon les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour, pouvoir être licitement maintenues que dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre de cette intervention du législateur communautaire.

94. Il semble donc difficile d'admettre des restrictions à la libre circulation en dehors des hypothèses limitativement prévues par le dispositif de la directive¹⁶⁵.

La circonstance que la jurisprudence relative aux exigences impérieuses constitue une exception à une des libertés fondatrices du marché intérieur devrait également plaider pour une approche restrictive.

A première vue, la jurisprudence relative à la réserve de la fraude ne trouverait pas davantage sa place en dehors des cas prévus par la directive sur le commerce électronique dans la mesure où, à l'inverse du dispositif de la directive “télévision sans frontière”, l'article 3 de la directive sur le commerce électronique devrait permettre la prise en compte des cas de fraude. Mais le considérant n° 57 précise très clairement que les États membres conservent la possibilité de prendre des mesures en cas de fraude, ainsi que le permet la jurisprudence de la Cour¹⁶⁶.

Ces considérations appellent cependant une confirmation jurisprudentielle.

¹⁶³ Directive sur le commerce électronique, considérant n° 6.

¹⁶⁴ Directive sur le commerce électronique, considérant n° 3.

¹⁶⁵ En ce sens, cf. le considérant n° 24 qui énonce qu'il apparaît légitime que les États membres prennent des mesures limitant la libre circulation des services de la société de l'information “dans les conditions prévues par la directive”.

¹⁶⁶ Considérant n° 57 : “Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice, un État membre conserve le droit de prendre des mesures à l'encontre d'un prestataire établi dans un autre État membre, mais dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire du premier État membre, lorsque le choix de cet établissement a été fait en vue de se soustraire aux règles qui seraient applicables à ce prestataire s'il s'était établi sur le territoire du premier État membre”.

95. A ce propos, un récent arrêt de la Cour de justice¹⁶⁷ semble aller à l'encontre de certains principes de l'article 3.

La Cour a été saisie d'un recours préjudiciel dans le cadre d'un litige portant sur l'interdiction par la législation suédoise de la publicité pour les boissons alcoolisées.

La loi suédoise interdit cette publicité, y compris à la radio ou à la télévision et pour les émissions diffusées par satellite¹⁶⁸.

Le litige portait sur l'interdiction de l'insertion de publicités dans un magazine destiné aux professionnels de l'alimentation et de la restauration.

La Cour reconnaît la restriction à la libre prestation de services et admet les impératifs de santé publique pour la justifier¹⁶⁹.

Deux éléments nous interpellent particulièrement dans cette décision.

D'une part, alors que l'interdiction contenue dans la loi suédoise vise également les programmes télévisés diffusés par satellite, la Cour ne pose aucune réserve par rapport au respect du principe de l'État d'origine contenu dans la directive "télévision sans frontière". Faut-il y voir une remise en cause de la jurisprudence *De Agostini* ? Bien que l'absence de réserve dans l'arrêt *Gourmet*¹⁷⁰ soit regrettable, nous ne pensons pas que la Cour ait remis en cause sa jurisprudence antérieure. Le silence de la Cour s'explique sans doute par le fait que le litige portait sur l'insertion de publicités dans un périodique papier et ne concernait donc nullement des programmes télévisés. Il n'empêche que le doute subsiste dans la mesure où les questions préjudicielles posées à la Cour avaient une portée générale¹⁷¹.

D'autre part, la Cour rappelle expressément que, sur le plan de la compétence, "il revient à la juridiction de renvoi d'apprécier si, dans les circonstances de droit et de fait qui caractérisent la situation dans l'État membre concerné, l'interdiction de la publicité en cause au principal répond à la condition de proportionnalité requise pour que la dérogation à la libre prestation de services puisse être justifiée"¹⁷². La Cour estime donc que c'est à la juridiction nationale de renvoi de statuer sur la question du respect de la proportionnalité, en fonction des circonstances de la cause. Cette prise de position de la Cour va partiellement à l'encontre du dispositif de la directive sur le commerce électronique, qui confère à la Commission la compétence de contrôler le respect du droit communautaire.

96. En ce qui concerne la transposition des dérogations spécifiques à l'article 3, l'on pourrait s'interroger sur la nécessité d'intégrer des règles nouvelles dans le droit interne car ce mécanisme de dérogation n'a vocation à s'appliquer que dans les relations entre les États membres et vis-à-vis des institutions européennes. Ce mécanisme est donc inopérant pour les prestataires de services de la société de l'information, qui pourraient seulement, le cas échéant, se plaindre du non respect par un État membre des conditions

¹⁶⁷ CJCE, 8 mars 2001, aff. *Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98, non encore publié.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pt. 4.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pts. 39 et 40.

¹⁷⁰ Qui cite d'ailleurs l'arrêt *De Agostini*, mais sur un point totalement étranger à l'aspect qui nous préoccupe (pt. 19).

¹⁷¹ CJCE, C-405/98, *op. cit.*, pt. 11.

¹⁷² *Ibidem*, pt. 41.

nécessaires pour permettre l'adoption de mesures restrictives de la liberté de circulation des services de la société de l'information.

La jurisprudence de la Cour de justice semble toutefois exiger la transposition de ce type de dispositions¹⁷³.

En France, l'article 19 du projet de loi sur la société de l'information permet l'adoption de mesures restrictives par l'autorité administrative dans les conditions définies dans un décret (reprenant sans doute les termes de la directive), lorsque ces mesures sont nécessaires pour préserver l'un des impératifs d'intérêt général défini par la directive (art. 3, § 4)¹⁷⁴.

La loi luxembourgeoise de transposition se limite pour sa part à renvoyer aux exigences du droit communautaire quant aux exigences de forme (art. 2, § 6)¹⁷⁵.

L'approche française paraît plus adéquate. Une délégation au Roi pourrait ainsi être envisagée, les conditions de dérogation étant fixées dans la loi de transposition ou dans un arrêté royal adopté en exécution de celle-ci.

III. RÉFLEXIONS FINALES

97. L'article 3 constitue la clef de voûte de la directive, mais sa rédaction présente d'indéniables faiblesses qui sont la conséquence des vifs débats qui ont présidé à son adoption.

En outre, sa conjonction avec l'article 1^{er}, § 4, de la directive n'est pas des plus heureuses et ouvre une brèche dans laquelle il est aisé de s'engouffrer.

La volonté du législateur européen d'écarter, par l'article 3 de la directive, l'application des règles conventionnelles de droit international privé nous semble cependant incontestable.

En effet, si, comme nous l'avons souligné, la directive est, à première lecture, en elle-même porteuse d'apparentes contradictions, ces dernières s'estompent lorsque l'on entreprend une analyse plus approfondie du texte et de sa genèse.

¹⁷³ En ce sens, voy. P. GILLIAUX, "Quelques considérations sur la transposition des directives européennes", in *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 358-359.

¹⁷⁴ A première vue, il pourrait sembler que le projet de loi élargisse quelque peu la faculté de dérogation dans la mesure où la directive ne visait que les hypothèses de "risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs". Mais l'exigence de nécessité semble plus ou moins équivalente. En outre, il est probable que le décret prescrivant les conditions de dérogation reprendra de manière plus précise toutes les exigences de la directive.

¹⁷⁵ "L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 [le ministre de l'Economie] peut restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre État membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté" (souligné par nous).

98. Sur un plan pratique, l'article 3 peut incontestablement contribuer au décollage du commerce électronique en Europe en assurant un cadre juridique relativement "clair" aux opérateurs économiques désireux de se lancer dans le commerce électronique.

Sur le fond, le procédé utilisé par le législateur européen fait peu de cas des règles traditionnelles de droit international privé et présente certains risques en termes de dérégulation.

99. Il convient cependant de relativiser les craintes exprimées à l'encontre de la clause de marché intérieur de la directive.

Compte tenu des importantes dérogations contenues dans l'annexe, l'article 3 ne bouleverse nullement le régime existant.

En effet, l'article 3 n'affecte pas la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles dans les contrats conclus avec les consommateurs. En outre, la clause de marché intérieur est supplétive, de sorte que les parties, quelle que soit leur qualité, peuvent y déroger.

Dans la mesure où la convention de Rome prévoit l'application de la loi choisie par les parties ou, à défaut, de la loi du pays d'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat (le prestataire de services), l'article 3 de la directive ne constitue certainement pas une disposition révolutionnaire.

100. Globalement, le bilan de la clause de marché intérieur est donc positif et, compte tenu du contexte socio-économique qui imposait une action rapide en vue de sécuriser le régime juridique des services de la société de l'information, le choix du législateur européen peut certainement être considéré comme tout à fait raisonnable et pertinent.

101. En termes de transposition, il nous paraît essentiel de respecter la volonté du législateur et la cohérence de la directive.

Si l'on peut craindre, voire regretter l'existence de la clause de marché intérieur ou, surtout, sa portée très large, ce n'est pas au stade de la transposition que l'on peut la remettre en cause.

Toute tentative de démonter la clause de marché intérieur ou d'en réduire la portée lors de sa transposition fragiliserait dangereusement l'ensemble de l'édifice de la directive.